



MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO

JORGE CRUZ DE CARVALHO

**AS FUNÇÕES EPISTÊMICA E ARGUMENTATIVA DA PROVA NO PROCESSO
JUDICIAL: UM TRIBUTO À OBJETIVIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO ACERCA
DOS FATOS**

FORTALEZA

2019

JORGE CRUZ DE CARVALHO

AS FUNÇÕES EPISTÊMICA E ARGUMENTATIVA DA PROVA NO PROCESSO
JUDICIAL: UM TRIBUTO À OBJETIVIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO ACERCA DOS
FATOS

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Christus como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo

FORTALEZA

2019

Ficha Catalográfica elaborada por Dayane Paula Ferreira Mota – Bibliotecária – CRB-3/1310

C331f Carvalho, Jorge Cruz de.
As funções epistêmica e argumentativa da prova no processo judicial: um tributo à objetividade da fundamentação acerca dos fatos / Jorge Cruz de Carvalho. – 2019.
136 f.

Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário Christus - Unichristus, Mestrado em Processo e Direito ao Desenvolvimento, Fortaleza, 2019.

Orientação: Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo.
Área de concentração: Acesso à justiça.

1. Narrativa. 2. Demonstração. 3. Argumentação. 4. Racionalidade. I. Título.

CDD 341.434

JORGE CRUZ DE CARVALHO

AS FUNÇÕES EPISTÊMICA E ARGUMENTATIVA DA PROVA NO
PROCESSO JUDICIAL: UM TRIBUTO À OBJETIVIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO
ACERCA DOS FATOS

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Christus como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo.

Aprovado 14/12/2017.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo
Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS)

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho
Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS)

Prof. Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana
Universidade Federal do Ceará (UFC)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, inteligência suprema e causa primária de todas as coisas; à família que Ele me concedeu na presente existência, fonte inesgotável de amor; à família que construí ao lado de Aline, inspiração de todos os dias; e aos mestres que passaram pela minha vida, com ou sem titulação acadêmica.

RESUMO

O estudo da prova judicial não deve ficar restrito a aspectos formais, muito menos deve ser refém do subjetivismo que torna a valoração do esteio probatório uma atividade intuitiva, destituída de critérios minimamente objetivos. A abordagem corrente desses temas, frequentemente limitada aos planos legislativo e dogmático, não tem oferecido respostas adequadas para questões relevantes sobre o resultado da atividade probatória (prova-resultado), especialmente quanto às funções que esta desempenha no processo judicial. O presente trabalho, que tem o propósito de investigar as funções epistêmica e argumentativa da prova judicial sob a perspectiva lógico-jurídica, está dividido em cinco partes. Na primeira, de cunho introdutório, é delineado o corte epistemológico do tema e demonstrada a sua relevância para o aprimoramento do processo judicial enquanto ferramenta democrática, a fim de que haja mais objetividade e racionalidade nos provimentos judiciais. A segunda parte do estudo é dedicada à análise crítica da doutrina corrente, excessivamente apegada ao aspecto subjetivo da prova-resultado (adesão psicológica). Nessa parte, propõe-se o reposicionamento do papel do convencimento, com ganho de racionalidade para o sistema jurídico-processual. A terceira parte, que trata da função epistêmica da prova, conta com a análise (distribuída em quatro sub-partes) de aspectos relacionados à verdade, ao objeto específico da atividade epistêmica no processo judicial, à delicada questão dos padrões de prova e, por fim, ao pensamento complexo e sua relação com a prova-resultado. A quarta parte estuda a função argumentativa da prova e conta com duas sub-partes que tratam, respectivamente, da dinâmica do ônus da prova e da relação entre prova-argumento, imparcialidade e legitimidade democrática das decisões judiciais. No último capítulo, conclui-se que as funções epistêmica e argumentativa da prova judicial são as mais relevantes, pois, conjuntamente empregadas, são capazes de assegurar a aplicação adequada da regra ao seu pressuposto fático e de demonstrar objetivamente a construção das inferências probatórias que conduziram o órgão julgador à conclusão final acerca das narrativas empíricas.

Palavras-chave: Narrativa. Demonstração. Argumentação. Racionalidade.

ABSTRACT

A study of the evidence in law must not be restricted to formal aspects, much less should it be hostage of a subjectivism that makes proof evaluation an intuitive reality, destitute of minimally objective criteria. The current approach of these issues, often limited to legislative and dogmatic plans, hasn't been giving appropriate answers for relevant matters concerning to the result of evidence activity (proof-result), especially as the role it plays in the judicial process. This paper, which aims to investigate the epistemic and argumentative roles of judicial evidence in a logical-legal perspective, is divided into five parts. In the first one, of an introductory nature, it's delineated an epistemological cut of subject and demonstrated its relevance to the improvement of judicial process as a democratic tool, in order to achieve more objectivity and rationality in judicial decisions. A second part of the study is dedicated to a critical analysis of current doctrine, excessively attached to the subjective aspect of proof-result (psychological adhesion). In this part, it is proposed a repositioning of the role of convincing, with more rationality for the due processes of law. A third part, which deals with the epistemic role of evidence, account with analysis (distributed in four subdivisions) of aspects related to the truth, to the specific object of the epistemic activity in judicial process, to the delicate issue of standards of evidence and, for finally, to complex thinking and its relation with proof-result. The fourth part studies the argumentative function of the evidence and comprises two subdivisions that deal, respectively, with dynamics of the evidence burden and the relation between proof-argument, impartiality and democratic legitimacy of judicial decisions. In the last chapter, it is concluded that the epistemic and argumentative functions of the evidence in law are the most important, jointly undertaken, are able to assure adequate application of the rule to the fact presupposition and demonstrate objectively the construction of probatory inference that led the court to the final conclusion regard to empirical narratives.

Keywords: Narrative. Demonstration. Argumentation. Rationality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 PROVA SEGUNDO A VISÃO DOGMÁTICA CORRENTE.....	11
2.1 Psicologismo e persuasão.....	12
2.2 Reposicionando o papel do convencimento.....	19
3 A FUNÇÃO EPISTÊMICA DA PROVA NO PROCESSO JUDICIAL	29
3.1 Função epistêmica e verdade.....	30
3.2 O objeto da atividade epistêmica: narrativas sobre fatos relevantes.....	42
3.3 Graus de confirmação das narrativas empíricas: os estândares de prova.....	54
3.4 Pensamento complexo e dependência epistêmica	81
4 A FUNÇÃO ARGUMENTATIVA DA PROVA NO PROCESSO JUDICIAL.....	91
4.1 Argumentação e dinâmica do ônus da prova.....	106
4.2 Argumentação, imparcialidade e legitimidade democrática.....	112
5 CONCLUSÃO.....	121
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	128

1 INTRODUÇÃO

O grau de atenção dos juristas para com as questões ditas “de direito” parece inversamente proporcional à atenção dada às questões tidas como “de fato”. Os aspectos fáticos das questões jurídicas, inclusive das controvérsias judiciais, quando não ignorados, são tratados de forma tangencial e pouco aprofundada nos compêndios jurídicos. Essa postura tem reflexo direto sobre o estudo da prova, em que a ênfase teórica recai sobre as regras jurídicas que disciplinam os meios de prova e a atividade probatória, mas pouco se aprofunda quanto ao estudo dos aspectos relacionados à valoração do material probatório.

A desatenção a que foi relegado o tema é injustificável, especialmente porque as regras jurídicas têm necessariamente um suposto fático e somente surtem efeitos mediante a ocorrência deste. Em uma frase, os fatos condicionam a incidência da norma jurídica, de modo que não há razão para relegá-los a segundo plano no estudo do Direito.

No campo da dogmática processual, para se tangenciar o aprofundamento teórico atrelado às questões fáticas relevantes para a causa, é frequente a adoção de postulado reducionista sobre o resultado da atividade probatória, consistente no convencimento do órgão julgador. Adota-se a ideia de que a produção desse estado mental (convencimento) seria o fim último da prova, de modo a evitar o aprofundamento de discussões sobre estândares de prova, sobre o sentido e a força da afirmação “está provado que p”, sobre valoração racional do material probatório etc. Perde-se, contudo, em racionalidade, em possibilidade de controle dos atos judiciais e, conseqüentemente, em democracia.

O resultado da atividade probatória (intrinsecamente relacionado à confirmação de narrativas fáticas relevantes para a causa), quando abordado sob o viés preponderantemente subjetivista, porquanto atrelado ao convencimento do julgador, olvida outras funções que a prova exerce no processo judicial, que vão além da mera adesão subjetiva dos seus destinatários e que, por buscarem elementos externos ao julgador e a sua decisão, permitem que seja realizado controle qualitativo do exercício da jurisdição.

Não obstante a desatenção dos estudiosos para com o tema, na vida real os sujeitos processuais (entre eles, os juízes) seguem argumentando, peticionando e

decidindo acerca dos fatos (ou, para ser mais preciso, das narrativas fáticas). A falta de tratamento doutrinário adequado da matéria termina por prestar um desserviço ao controle do legítimo exercício da jurisdição, uma vez que não estabelece parâmetros a serem observados em termos de valoração da prova judicial.

É preciso ter clareza sobre qual ou quais são as funções mais relevantes que a prova deve desempenhar no processo judicial. O critério de seleção das funções mais proeminentes da prova deve levar em consideração o ganho que elas representam para o modelo democrático de processo judicial. Enaltecer as funções de convencimento e de persuasão da prova não parece ser o caminho desejável e nem o mais adequado, como será demonstrado nos capítulos seguintes.

O presente estudo destaca duas funções da prova que considera mais relevantes, porquanto capazes de conferir objetividade e contribuir com o controle de racionalidade da fundamentação das decisões judiciais, pelo menos no tocante às questões fáticas. Não se ignora, contudo, a existência de outras funções atribuídas à prova, cujo papel deve ser considerado apenas secundário.

A abordagem das funções epistêmica e argumentativa da prova, aqui consideradas as mais proeminentes, será feita preponderantemente no plano da Teoria Geral, com amparo em vasta pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira, sem prejuízo de referências ao direito positivo e à jurisprudência, sempre que necessário para reforçar as conclusões e as críticas formuladas ao longo do texto.

Para melhor estabelecer o corte epistemológico da abordagem, faz-se necessário esclarecer que a prova judicial pode ser analisada sob três diferentes perspectivas: prova-meio; prova-atividade e prova-resultado. Corriqueiramente, o termo prova é associado a um desses três sentidos distintos.

Enquanto os meios de prova consistem nas espécies ou modalidades probatórias admitidas por dado ordenamento jurídico, que podem ser típicas (quando especificadas na lei) ou atípicas (quando o ordenamento admite o uso de provas não contempladas expressamente pelo legislador), a prova-atividade diz respeito à seleção e à produção de tais meios. Grosso modo, a atividade probatória seria o meio de prova em movimento, sob a regência da normativa processual aplicável.

É o terceiro sentido de prova, contudo, que provoca maior controvérsia, e sobre ele (preponderantemente) tratará este estudo. Diferentemente dos demais sentidos de prova, em que há certa homogeneidade de visão entre os estudiosos do tema, na prova-resultado encontram-se diversas concepções, orientadas por diversas

correntes ideológicas, com reflexos importantes para a visão que se tem do processo judicial.

Parte considerável dos pensadores contemporâneos do Direito enxerga a prova-resultado como o estado de convencimento do órgão julgador relativamente à matéria fática da controvérsia. Outros vislumbram que o resultado da prova seria o estado de persuasão em que se encontra aquele que deve decidir a causa. Essas visões excessivamente subjetivistas serão objeto de análise crítica no capítulo seguinte, pois não oferecem ganho algum para o controle democrático do exercício da jurisdição. O próximo capítulo terá duas subdivisões, que abordarão, respectivamente, de forma crítica, o psicologismo e a persuasão como desideratos da prova, e a necessidade de reposicionamento do convencimento acerca da matéria fática da controvérsia *sub judice*.

Após a análise crítica da doutrina corrente, será estudada a primeira das duas funções da prova destacadas no presente trabalho, a função epistêmica. Nesse capítulo haverá quatro subdivisões: a primeira estabelecerá a relação entre prova e verdade; a segunda tratará do objeto da prova; a terceira, dos padrões de prova; por fim, a última parte será dedicada ao papel do pensamento complexo na apreciação da prova judicial.

O capítulo subsequente tratará da segunda função da prova destacada: a função argumentativa. Nessa parte será analisado o caráter dialético e argumentativo da atividade processual, especialmente no tocante à prova-resultado. Após considerações gerais sobre a prova-argumento, haverá duas subdivisões, que versarão, respectivamente, sobre: a dinâmica do ônus da prova, vista sob a perspectiva argumentativa, independentemente do tratamento legal da matéria; a legitimação democrática da jurisdição por meio da argumentação objetiva e racional em matéria de prova.

Finalmente, na parte conclusiva do trabalho, haverá o fechamento de todas as discussões levantadas no estudo acerca da prova-resultado, com ênfase para as duas principais funções da prova e para a sua contribuição ao aprimoramento da ciência do Direito, especificamente no campo da teoria geral do processo.

2 PROVA SEGUNDO A VISÃO DOGMÁTICA CORRENTE

O tema “prova” é amplamente tratado em nível dogmático, nos mais diversos ramos do Direito Processual (civil, penal, trabalhista etc). A abordagem da matéria, via de regra, está centrada nos meios de prova expressos no ordenamento jurídico, nos meios de prova atípicos e no procedimento utilizado para a produção probatória (prova-atividade).

No tocante à valoração da prova, há um vácuo normativo, o que terminou por conduzir a abordagem doutrinária do tema (salvo louváveis exceções) para uma seara excessivamente subjetivista, voltada para a capacidade de convencer o juiz (muita vez, tido como destinatário exclusivo da prova) ou simplesmente persuadi-lo a decidir em determinado sentido, enveredando-se por terreno insondável e incompatível com o caráter democrático do processo e com a pretensa cientificidade do Direito.

Vale salientar que a pouca preocupação com critérios materiais de valoração da prova decorre da importância reduzida que se confere aos aspectos fáticos da demanda. Sobre a relevância das questões fáticas e a escassa atenção que lhes é dada pelos juristas, William Twining (2006), ao se referir a escrito de sua autoria intitulado *Taking Facts Seriously*¹, que, segundo o próprio autor, apesar de haver se tornado bastante conhecido, alcançou modesto impacto no meio acadêmico, adverte:

The gist of the argument was that fact investigation, fact management, and argumentation about disputed questions of fact in legal contexts (not just in court) are as worthy of attention and as intellectually demanding as issues of interpretation and reasoning about questions of law². (2006, p. 417).

No mesmo sentido, Lagier (2006) destaca a importância do tema, que envolve noções e conhecimentos que transcendem a órbita puramente jurídica e que, provavelmente em razão disso, são pouco (ou quase nada) analisados nos cursos jurídicos e mesmo nos cursos de formação de magistrados:

Además, dado que la inferencia probatoria no sólo toma como reglas de inferencia máximas de experiencia y presunciones, sino también definiciones y teorías (al menos cuando hay que interpretar los hechos probados), es importante que el juez esté al tanto del análisis de “conceptos fácticos”, como los de acción, causalidad, intención, consecuencia no intencional, omisión, etcétera, que, desgraciadamente, salvo algunas excepciones, tampoco han

¹ Tradução livre: “Levando os fatos a sério.”

² Tradução livre: “A essência do argumento era que a investigação de fatos, o gerenciamento de fatos e a argumentação sobre questões de fato disputadas em contextos legais (não apenas no tribunal) são tão merecedoras de atenção e tão intelectualmente exigentes quanto questões de interpretação e raciocínio sobre questões de direito.”

sido objeto de estudio por la teoría del derecho³. (2006, p. 130-131).

Antes de discorrer sobre as funções epistêmica e argumentativa da prova, faz-se necessário examinar criticamente a visão “manualesca” do tema, que ainda é amplamente difundida nos cursos jurídicos e que, salvo melhor juízo, no que diz com a prova-resultado, tem se dedicado a aspectos praticamente insondáveis da decisão judicial, cujo controle está a exigir parâmetros mais objetivos e racionais, exteriores ao que se passa na mente do julgador.

Quanto à insuficiência da abordagem doutrinária da matéria, que reputa superficial, Marcelo Lima Guerra (2015, p. 11) destaca:

No entanto, é inegável a insuficiência, por mais de uma razão e em mais de uma perspectiva, da noção empregada pela doutrina como prova-resultado. ‘Convencimento acerca de fatos’ está longe de ser uma noção trivial e autoexplicativa. Ao contrário, ela é noção que está no centro de um intenso debate, para o qual contribuem, direta e indiretamente, disciplinas como a epistemologia, a psicologia cognitiva, a filosofia da linguagem e até a metafísica, como será oportunamente indicado.

Nesta parte do trabalho, busca-se analisar de forma crítica a abordagem dogmática corrente e, sem negar a importância do aspecto subjetivo da prova, consistente na adesão do julgador à narrativa apresentada nos autos, procura-se reposicionar o papel do convencimento no tocante à prova-resultado, de modo a se fazer com que prevaleçam aspectos objetivos e controláveis, que serão mais bem trabalhados nos capítulos subsequentes ao presente, que tratarão respectivamente das funções epistêmica e argumentativa da prova.

2.1 Psicologismo e persuasão

Certamente, a abordagem dada ao tema pela dogmática corrente decorre do hábito de teorizar a partir do ordenamento jurídico positivado. Parte-se da obra do legislador para, com arrimo nos seus postulados, construir-se um arcabouço teórico, sem maior preocupação com o nível filosófico da matéria, é dizer, com o plano da Teoria Geral do Direito. Devido ao distanciamento entre dogmática (estudo do Direito à luz de determinado ordenamento jurídico) e teoria geral (plano filosófico), surgem

³ Tradução livre: “Além disso, como a inferência probatória não apenas toma como regras máximas de inferência a partir de experiências e presunções, mas também definições e teorias (pelo menos quando os fatos provados devem ser interpretados), é importante que o juiz esteja ciente da análise de “conceitos factuais”, como os de ação, causalidade, intenção, consequência não intencional, omissão, etc., que, infelizmente, com algumas exceções, não foram estudados pela teoria do direito.”

concepções contraditórias em si, como, por exemplo, a de se apregoar a existência de uma teoria geral do processo civil *brasileiro*.

Nesses casos, a bem da verdade, o que se tem é o tratamento dogmático de determinado tema, nem sempre associado ao fundamento filosófico dos institutos envolvidos. A rigor, não se trata de Teoria Geral, seara voltada para os conceitos lógico-jurídicos, que não se atrela a (e independe de) um ordenamento jurídico específico, nem poderia ser por ele influenciada. O plano filosófico é que deve influenciar as atividades legislativa e dogmática, o que nem sempre ocorre, especialmente porque o campo político-legislativo tem compromisso com valores e propósitos que não coadunam necessariamente com a raiz filosófica dos temas legislados.

A teoria geral não se submete ao direito legislado ou à dogmática construída a partir deste. Encontra-se em plano diverso e se dedica aos conceitos fundamentais de ordem lógico-jurídica, válidos em face de qualquer ordenamento jurídico e de qualquer dogmática em particular, aos quais confere arcabouço teórico.

Fredie Didier Júnior (2017, p. 67) esclarece essa distinção de planos entre teoria geral e dogmática nos seguintes termos:

O estudo do conteúdo das normas do Direito positivo cabe às ciências jurídicas dogmáticas específicas. À Ciência do Direito Penal, o estudo das normas penais; à ciência do direito processual civil, a análise das normas processuais civis. À Teoria Geral do Direito cabe fornecer o repertório de conceitos indispensáveis à compreensão da estrutura normativa do Direito, onde quer que ele ocorra. O seu objeto é, como se vê, a formulação dos conceitos *lógico-jurídicos*. À ciência jurídica dogmática particular não cabe a elaboração dos conceitos jurídicos fundamentais: rigorosamente, a ciência jurídica particular toma por base esses conceitos. (Grifo no original).

A teoria geral da prova não se ocupa de questões atinentes a um ramo específico do processo (processo penal, do trabalho, tributário, civil) ou mesmo a um determinado ordenamento jurídico, antes, preocupa-se com questões teóricas e epistêmicas atinentes à prova, sem debruçar-se sobre aspectos ético-normativos (GUERRA, 2015, p. 2).

Embora se preste a solucionar questões surgidas no plano da dogmática, esta não constitui objeto da teoria geral da prova. No presente trabalho, a dogmática processual, a lei e a jurisprudência serão eventualmente abordadas, mas não como

temas centrais da dissertação, e sim para demonstrar que boa parte das suas controvérsias e inconsistências decorre do aprofundamento teórico insuficiente.

Note-se que o Código de Processo Civil nacional de 1973 (revogado), ao tratar da apreciação da prova pelo magistrado, consagrou o cânone do livre convencimento motivado, nos seguintes termos: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.” (art. 131).

Com efeito, no plano legislativo, a redação do dispositivo parece haver consagrado o convencimento do juiz como desiderato primordial da prova, cabendo ao magistrado, no provimento final, apenas indicar “os motivos que lhe formaram o convencimento”, os quais, como está na redação da norma, podem estar atrelados a fatos ou circunstâncias não alegados pelas partes, desde que constem dos autos.

O plano dogmático, ao atuar como espelho da atividade legislativa, terminou por se concentrar excessivamente em torno do convencimento do julgador. Nessa perspectiva, a prova deve ser convincente (ou simplesmente persuasiva)⁴ o suficiente para incutir no magistrado (ou na Corte julgadora) certo grau de certeza sobre os fatos, a ponto de levá-los a decidir em determinado sentido, ainda que, para isso, tomem em consideração fatos não debatidos pelas partes. Essa linha de pensamento abriu margem para o déficit de racionalidade das decisões judiciais e para o subjetivismo, distanciando a atividade probatória dos postulados epistêmico e argumentativo, que serão tratados mais adiante neste ensaio.

Na perspectiva da persuasão, o argumento não será verdadeiro ou falso, mas forte ou fraco, a depender de sua capacidade de persuadir o destinatário das razões apresentadas. Sobre o tema, Chaim Perelman (1963, p. 100) afirma que “The arguments employed will be characterised not as correct or incorrect, but as strong or

⁴ Robert Alexy (2017, p. 163), com amparo nas lições de Perelman, faz distinção entre as atividades de persuadir e convencer, nos seguintes termos: “Quem busca somente o acordo de um auditório particular persuade; quem se esforça em alcançar o auditório universal quer convencer. Consequentemente, os argumentos que geram o acordo do auditório universal são válidos, enquanto os que só são aceitos por um auditório particular são apenas eficazes.”

weak. Every argumentation is addressed to an audience, large or small, competent or less competent, which the speaker seeks to persuade.”⁵

Não se nega a característica intrínseca da prova consistente em gerar estados de ânimo nos sujeitos que, por meio dela, buscam conhecer os fatos, porém, esse estado anímico não pode ser o ponto de chegada da atividade probatória. Convencer-se de algo é um processo que ocorre em nível psicológico, inexplicável até mesmo para o indivíduo que se convence. Os processos mentais que conduzem à formação do convencimento, por inacessíveis à racionalidade, já que compreendem, inclusive, elementos do plano subconsciente, não podem servir de base para a Teoria Geral da Prova.

Sobre a certeza psicológica, Dallagnol (2018, p. 263) esclarece:

A certeza *psicológica*, em outras palavras, nada mais é do que a falta da capacidade de duvidar. Um sujeito estar certo a respeito de uma proposição não necessariamente mostra o quanto a proposição está demonstrada ou fundamentada, pois a certeza pode decorrer, *v.g.*, de um baixo nível de exigência probatória ou de um baixo conhecimento do próprio sujeito. Não raro, quanto mais sabemos, mais duvidamos. (grifo no original).

Ocorre que a visão ainda frequente na dogmática, que confunde a prova-fim com o convencimento do julgador, forjou paradigma equivocado de apreciação das provas, cuja desconstrução não se operará de forma abrupta, antes demandará paciente releitura do tema à luz da Teoria Geral do Processo e da Epistemologia.

A visão se encontra tão arraigada, que se pode depreender da obra de diversos autores nacionais, inclusive expoentes como Frederico Marques (1974, p. 175), quando afirma que a prova seria “o meio e o modo de que usam os litigantes para convencer o juiz da verdade da afirmação de um fato (...)”

Não apenas entre os doutrinadores tidos por “instrumentalistas”, que, na sua concepção de processo, conferem prevalência ao seu caráter instrumental (enquanto ferramenta do Estado para o exercício de uma específica função sua, a jurisdição), como entre os ditos “constitucionalistas”, comprometidos com a vertente ideológica que enfatiza o procedimento em contraditório como meio para se garantir os direitos processuais das partes, é possível encontrar o viés psicologista da prova.

⁵ Tradução livre: “Os argumentos empregados serão caracterizados não como corretos ou incorretos, mas como fortes ou fracos. Toda argumentação é dirigida a um público, grande ou pequeno, competente ou menos competente, que o orador procura persuadir.”

Aury Lopes Jr. (2016, p. 77), que se aproxima do segundo grupo de juristas acima referenciado, afirma:

No sistema acusatório, a verdade não é fundante (e não deve ser), pois a luta pela captura psíquica do juiz, pelo convencimento do julgador, é das partes, sem que ela tenha a missão de revelar uma verdade. Logo, com muito mais facilidade o processo acusatório assume a sentença como ato de crença, de convencimento, a partir da atividade probatória das partes, dirigida ao juiz. Essa luta de discursos para convencer o juiz marca a diferença do acusatório com o processo inquisitório.

Citado autor defende o absenteísmo judicial no tocante à produção da prova, cuja iniciativa, no seu entender, deve ficar ao inteiro alvedrio das partes, tal e qual ocorre no modelo atualmente preponderante nos Estados Unidos da América (*adversarial sistem*). Advoga que a busca pela verdade conduziria ao modelo inquisitório de processo (em oposição ao acusatório, no âmbito do processo penal), e a gestão da prova pelo magistrado o converteria em inquisidor, o que solaparia sua imparcialidade. Desse modo, entende que o órgão judicial, em matéria de prova, deve ser inerte e se submeter passivamente à disputa (entre as partes) por sua “captura psíquica”.

Embora o autor defenda uma visão constitucionalista de processo, pautada pelo respeito às garantias processuais das partes, pela necessidade de fundamentação adequada das decisões judiciais e pelo constrangimento que a atividade probatória deve exercer sobre evidência (crença instantânea formada no julgador), inclusive para evitar o “decisionismo” judicial, não deixa, por outro lado, de se manter ancorado à vertente em que se sobreleva o aspecto psicológico da prova, o que é denunciado pelo uso de expressões como “captura psíquica”.

Na mesma esteira, Salah H. Khaled Jr. (2016, p. 312):

Desse modo, a veracidade ou falsidade dos dados em si mesmos é dada em função da convicção psicológica do julgador, a atividade probatória será, portanto, o ato ou série de atos processuais pelos quais se busca obter o convencimento do juiz sobre a existência ou inexistência dos dados lógicos que devem ser tidos em conta no processo. Enfim, é isso que significa provar: convencer o juiz de que um dado elemento introduzido no processo por uma das partes – uma evidência – é efetivamente um rastro, um conector analógico com o evento que pertence a um tempo escoado.

Neste trabalho, mais adiante, será defendida visão crítica desse papel de coadjuvante que se pretende impor à verdade no processo e ao encerramento da gestão da prova exclusivamente nas mãos das partes. As premissas desse raciocínio, que serão objeto de crítica no presente estudo, afiguram-se empiricamente frágeis e teoricamente equivocadas. Neste momento, contudo, é suficiente demonstrar que o

aspecto psicológico da prova, curiosamente, é utilizado tanto por juristas que tencionam castrar a atuação do juiz no campo probatório, ao argumento de que a verdade (sendo inalcançável) não deve ser ambicionada no processo, como por aqueles que, a exemplo de Ada Pellegrini Grinover, defendem o poder instrutório do magistrado, a fim de que possa “convencer-se” da verdade ou chegar a uma “certeza” sobre os fatos subjacentes à causa.

Ada Pellegrini Grinover, que, em uma categorização simplista e binária dos doutrinadores, entre “instrumentalistas e constitucionalistas”, estaria inserida na primeira categoria, apesar da significativa divergência de pensamento, converge com o jurista anteriormente citado (“constitucionalista”) no que concerne à sobrevalorização do aspecto psicológico da prova-fim. A ênfase no uso de termos como “convencimento” e “certeza” (aspecto subjetivo da prova) revela essa inclinação. Confira-se sua lição, ao defender o poder instrutório do juiz:

Ninguém melhor do que o juiz, a quem o julgamento está afeto, para decidir se as provas trazidas pelas partes são suficientes para a formação do seu convencimento. Isso não significa que a busca da verdade seja o fim do processo e que o juiz só deva decidir quanto a tiver encontrado. Verdade e certeza são conceitos absolutos, dificilmente atingíveis, no processo ou fora dele. Mas é imprescindível que o juiz diligencie a fim de alcançar o maior grau de probabilidade possível. Quanto maior sua iniciativa na atividade instrutória, mais perto da certeza ela chegará. (GRINOVER, 2016, p. 5).

Caberia indagar: 1) Seria o convencimento o ponto de chegada da prova-fim? 2) Estar o juiz convencido seria suficiente para que exteriorizasse juízo decisório válido (epistêmica e juridicamente)? 3) Convencido o juiz, poder-se-ia dizer solucionada a causa, bastando que esse convencimento fosse expresso por meio de signos e enunciados (empíricos e jurídicos) embasados nas narrativas das partes (para os “constitucionalistas”), ou destas e do próprio juízo (desde que submetidas ao contraditório)? 4) Qualquer convencimento seria válido, desde que observadas as regras processuais e garantidos os direitos das partes no processo?

A resposta para todos esses questionamentos deve ser negativa, como se demonstrará ao longo do presente trabalho. Estar *convencido* acerca de algo é a culminância de um processo que se dá no âmbito subjetivo, no campo psíquico daquele que estuda determinado objeto. Os eventos puramente internos (v.g.: cogitações, crenças interiores, convicções), via de regra⁶, não repercutem no mundo

⁶ Há situações em que os estados da mente são relevantes para o Direito. É o que se dá, por exemplo, quanto ao ato administrativo, nas hipóteses em que as razões (legítimas) expostas na sua motivação

jurídico, já que o Estado (seja quando legisla, seja quando julga) não tem capacidade (fática) nem respaldo jurídico-constitucional para imiscuir-se a esse nível na intimidade das pessoas. Desse modo, por absolutamente imperscrutável, não interessa ao Direito esquadriñar a psique do julgador, mas, por outro lado, interessa aquilo que é por ele exteriorizado.

Decerto, a concepção da realidade formada no âmbito interno de quem precisa tomar alguma decisão (seja ela judicial, administrativa ou mesmo de cunho privado) irá influenciar o conteúdo do julgamento exteriorizado, contudo, no campo do processo que se pretende democrático, o convencimento interno somente se legitima externamente se puder ser racionalmente demonstrado, à luz das provas e das fontes formais do Direito.

Para Jordi Ferrer Beltrán (2017, p. 92-93), defender que a finalidade da prova consiste em produzir um estado mental no julgador conduz a uma concepção irracional da prova-resultado:

Em outras palavras: aqueles que propõem que a finalidade da atividade probatória é a produção de determinado estado mental (a convicção, a crença etc.) no juiz acerca da proposição que se quer provar (...), são levados necessariamente pela coerência do raciocínio a ter que defender uma concepção irracional da prova como resultado, para a qual a única motivação necessária à decisão adotada é que esta corresponda à íntima convicção do juiz, que essa seja a sua crença.

A falta de racionalidade na valoração de narrativas empíricas tem estreita relação com o culto à ideia extremista do convencimento (ou de “captura psíquica”) do juiz como principal desiderato da prova. A supervalorização do aspecto subjetivo da prova (adesão psicológica do julgador) traz riscos tão graves quanto a busca desenfreada pela verdade metafísica, a ponto de criar situações pitorescas, que mais se aproximariam de peças extraídas do anedotário forense, como narram César Higa e Pamela Lastres (2016), acerca do método (nada ortodoxo) de julgamento utilizado pelo juiz Gualberto Cusi, da Corte Constitucional da Bolívia, que se baseava na folha de coca para solucionar *hard cases*:

divergem do propósito (ilegítimo) buscado pelo agente. Nesse caso, tem-se desvio de finalidade, espécie de abuso de poder passível de invalidar o ato praticado e de sujeitar o seu autor à responsabilização nas esferas cível, administrativa e criminal. No âmbito do processo judicial, o magistrado é passível de responsabilização quando agir com dolo ou fraude no exercício da função judicante. No campo das relações privadas, é possível divisar situações em que o estado subjetivo goza de relevância, como se dá nos vícios de consentimento, capazes de macular a validade dos negócios jurídicos. Tudo isso, contudo, não justifica que o cerne da prova-resultado seja deslocado para aspectos puramente subjetivos da decisão do juiz, que somente de forma excepcional (diante de situações específicas) adquirem relevo.

Sin embargo, en Bolivia, el doctor Gualberto Cusi, abogado de origen aimara, quien fuera miembro del Tribunal Constitucional de ese país, declaró en diversas entrevistas que resolvía casos difíciles mediante la lectura de la hoja de coca. Según el exmagistrado, al momento de realizar este ritual se produce un proceso de comunión con la hoja de coca que ayuda a tomar decisiones adecuadas. (HIGA; LASTRES. 2016, *ePub*)⁷.

Em que pese a teratologia do procedimento utilizado pelo juiz daquela Corte, não se pode negar que, no âmbito interno da subjetividade, ele poderia convencer-se a partir daquele método, da mesma forma que as ordálias faziam todo sentido na Idade Média. Obviamente, os autores que defendem a captura do juiz como função sobranceira da prova não coadunam com a irracionalidade, pregam a necessidade de justificação desse convencimento. A ideia do presente trabalho, contudo, é subverter a lógica subjetivista, partindo-se dos elementos objetivamente conferidos pelas provas para, em segundo momento, verificar-se se a fundamentação utilizada pelo julgador está em harmonia com tais elementos. O convencimento do magistrado, portanto, aparece em segundo plano, já que somente será válido a depender do suporte que é capaz de encontrar no mundo exterior ao seu estado psicológico.

2.2 Reposicionando o papel do convencimento

A racionalidade não nega a importância da formação do convencimento ou da crença do julgador acerca de determinado fato, porém, coloca-a em segundo plano, diante da força dos elementos objetivos que corroboram ou refutam as narrativas empíricas. O convencimento, algumas vezes, pode estar em dissonância com os elementos de prova. Cognição racional e convencimento nem sempre andam juntos, embora o *tipo ideal* seja a conjugação de ambos, é dizer, que o convencimento se forme a partir da apreciação racional da prova ou, pelo menos, dialogue com esta e busque se amoldar a ela. Quando essa conjugação não é possível, indaga-se: seria lícito ao julgador atender aos apelos da sua intuição (do seu estado subjetivo em relação à causa), ou deveria deixá-los de lado e tomar a decisão passível de ser justificada (racionalmente) à luz da prova e do direito?

A resposta a esse questionamento é capaz de definir o estágio de evolução democrática de determinado sistema jurídico processual. A temática é colocada por Jordi Ferrer Beltrán (2007, p. 65), nos seguintes termos:

⁷ Tradução livre: “No entanto, na Bolívia, o Dr. Gualberto Cusi, advogado de origem aimara, que era membro do Tribunal Constitucional daquele país, declarou em várias entrevistas que resolveu casos difíceis lendo a folha de coca. Segundo o ex-magistrado, no momento de realizar esse ritual, é produzido um processo de comunhão com a folha de coca, o que ajuda a tomar decisões apropriadas.”

*La concepción racionalista basta la justificación de la decisión sobre los hechos probados en el método de la corroboración de hipótesis, no en la creencia de sujeto alguno, sino en si está suficientemente corroborada la hipótesis sobre lo ocurrido que se declara probada. Es cierto que nadie puede escapar a sus creencias; ahora bien, la pregunta relevante es: ¿que justifica la decisión, el hecho de tener la creencia o el hecho de que el contenido de ésta, la hipótesis, esté corroborada?*⁸

A situação pode ser mais bem compreendida recorrendo-se à metáfora dos três mundos, criada por Karl Popper (1999). Para o filósofo austríaco, no que toca à compreensão do mundo e à exteriorização desse conhecimento, pode-se falar em três mundos, assim definidos: o “mundo 1”, que é composto pela realidade objetiva, alvo de estudos das ciências duras (v.g: Física, Geologia etc.); o “mundo 2”, que compreende as ideias formuladas pelo homem, que se processam nos escaninhos da sua mente; por fim, o “mundo 3”, que consiste na exteriorização do pensamento humano, daquilo que se processa no mundo 2, nele estando compreendidas as teorias, as teses, as normas, as decisões, a música e outras realidades criadas pela inteligência.

Chamo ao mundo dos acontecimentos físicos “Mundo 1” e ao mundo dos acontecimentos mentais “Mundo 2”. Isto é relativamente pacífico. As dificuldades começam naquilo a que denomino “Mundo 3”.

No sentido lato “Mundo 3” é o mundo dos produtos da mente humana; em sentido estrito é o mundo das teorias, incluindo as teorias falsas, e o mundo dos problemas científicos, incluindo questões relacionadas com a veracidade ou falsidade das várias teorias.” (POPPER, 1999, p. 43).

O chamado “mundo 3”, como visto, comporta variedade significativa de emanações do espírito humano, desde as artes, passando pelas fórmulas matemáticas, por discursos filosóficos e obras literárias. Algumas emanações do pensamento são livres de amarras, parte delas, inclusive, é destituída de qualquer pretensão de verdade, como é o caso das obras literárias do gênero ficção. Nesse caso, o escritor é livre para dar asas a sua criatividade, sem pretensão alguma de verossimilhança, de modo que a passagem do “mundo 2” para o “mundo 3” se dá de maneira fluida, pois ausentes mecanismos de constrangimento aptos a podar a criatividade.

Não é o caso do Direito, pois o discurso jurídico consiste em modalidade

⁸ Tradução livre: “À concepção racionalista basta a justificativa da decisão sobre os fatos provados no método da corroboração de hipótese, não na crença de qualquer sujeito, mas em se a hipótese é suficientemente corroborada sobre o acontecido que é declarado provado. É verdade que ninguém pode escapar de suas crenças; Agora, a questão relevante é: o que justifica a decisão, o fato de ter a crença ou o fato de que o conteúdo disso, a hipótese, é corroborado?”

específica de discurso prático, que tem a pretensão de veicular asserções verdadeiras. Não é suficiente, portanto, que o discurso jurídico seja bom, que tenha lógica interna e pareça convincente para quem o formula internamente (mundo 2). É necessário, para que venha a ser exteriorizado (mundo 3), que a narrativa demonstre esteio na prova produzida, acerto dos enunciados empíricos utilizados, escolha e interpretação adequada das normas jurídicas aplicáveis ao caso, observadas, ainda, as garantias processuais das partes.

Com efeito, não basta que o juiz (no processo judicial) esteja convencido da veracidade de determinada narrativa sobre os pressupostos fáticos de incidência da norma. Esse convencimento (situado no mundo 2), pode não ser validamente defensável no “mundo 3” do Direito, seja porque não é capaz de conectar logicamente os fatos à conclusão, por conduto de uma norma de inferência forte o suficiente, seja porque encontra refutações capazes de aniquilar sua validade, seja porque (embora coerente e racional) afronta regras legais cogentes (inclusive as chamadas regras contraepistêmicas) ⁹.

Sobre a observância de pressupostos fáticos e jurídicos para a legitimação da decisão judicial, afirma Gustavo Badaró (2018), em lição voltada para o Direito Processual Penal, mas perfeitamente afinada com a Teoria Geral do Processo, que:

É preciso que a decisão seja justa. E o resultado do processo penal somente será justo e legítimo, caso sejam respeitados três fatores concorrentes: um correto juízo fático, com vistas à reconstrução histórica dos fatos imputados; um correto juízo de direito, com uma acertada interpretação da lei e aplicação da norma aos fatos; e, por fim, o funcionamento do instrumento processual, respeitando direitos e garantias das partes, com estrita observância do rito legal. Em suma, uma decisão justa necessita do bom exercício de atividades epistêmica e hermenêutica, desenvolvidas sob o devido processo legal. (BADARÓ, 2018, p. 45-46).

Mais adiante, o mesmo doutrinador esclarece que “sem dúvida o convencimento psicológico do juiz é uma condição necessária, mas não suficiente, à qual deve se acrescentar a aplicação, na formação do convencimento do juiz, de critérios de racionalidade e regras da lógica”. (BADARÓ, 2018, p. 48).

Caso seja mantido (equivocadamente) o convencimento como elemento central da prova-resultado, restará eliminada qualquer possibilidade de controle de acerto da decisão judicial, como salienta Beltrán (2017, p. 71):

⁹ Como regra contraepistêmica, pode-se mencionar a norma constitucional que proíbe o uso de provas obtidas por meio ilícito (art. 5º, LVI, da Constituição da República Federativa do Brasil). Oportunamente, o tema será mais bem abordado.

Nesse caso, também não se deixará qualquer espaço para o erro: se o juiz alcançar a convicção, o fato estará provado. Caso contrário, não estará. E isso depende unicamente do aspecto subjetivo psicológico do juiz, que ninguém mais, além dele, pode determinar, chegando-se, necessariamente, a uma concepção irracional da prova. Um órgão superior, em qualquer caso, somente poderá reformar a decisão do órgão inferior alegando ter chegado a uma convicção diferente, bem como que essa convicção “vale mais” por efeito da hierarquia entre órgãos ¹⁰.

A prova judicial, aliada ao dever constitucional de fundamentação, atuará como mecanismo capaz de constranger o convencimento do julgador, impondo-lhe racionalidade e evitando que venha a se exteriorizar sobre bases puramente arbitrárias. É possível que o convencimento do julgador esteja alicerçado sobre inferências preconceituosas, inválidas sob o prisma epistemológico e/ou jurídico, ou viciado pelo viés de confirmação. Cabe à prova e à argumentação constranger o convencimento, testando-o frente aos meios de prova utilizados, a fim de aferir sua capacidade de resistir a argumentos lógicos e racionais baseados no esteio probatório (MARTINS, 2013). Caso não se sustente, essa “verdade” deve ser proscria do julgamento.

O convencimento, embora de suma importância, perde o pedestal que a dogmática corrente lhe confere, como elemento central do direito probatório. A aplicação da norma jurídica não prescinde da facticidade, pois a incidência da norma depende do seu antecedente fático, situação que, uma vez ocorrendo no mundo concreto, torna-a apta a surtir efeitos jurídicos. Mesmo quando uma regra é analisada “em tese”, é necessário cogitar (ainda que por hipótese) a ocorrência do seu suposto fático. Nessa perspectiva, aplicar determinada norma ao caso sob julgamento pressupõe admitir como ocorrida aquela situação (hipótese de incidência), ou melhor, ter como verdadeira a representação mental de sua ocorrência.

Mas essa crença (representação mental), no caso do processo judicial, precisa ser racionalmente explicitada pelo magistrado (e pelas partes, em seus arrazoados), como se depreende, no caso do Direito nacional, do imperativo constante do art. 93, IX da Constituição Federal de 1988, atualmente regulamentado, no âmbito do

¹⁰ Vale registrar que a visão psicologista da prova-resultado compromete o ganho hermenêutico que caracteriza o precedente judicial, desfigurando-o enquanto resposta a determinada situação concreta (LOPES FILHO, 2016), já que não permite identificar os aspectos fáticos determinantes para a decisão proferida. Assim, o único critério de prevalência dos julgados seria o formal, como ressalta Beltrán (2017).

Processo Civil, pelo art. 371 do Código de Processo Civil de 2015 (dentre outras regras dispersas naquele diploma).

Nessa perspectiva, a *prova-resultado* não pode ser considerada como *apenas* a convicção do juiz, uma mera crença sua sobre a ocorrência ou não de determinado fato. A prova-resultado *deve ser* não apenas por essa crença, mas também pelas justificativas explicitamente dadas pelo juiz a ela. Ora, sendo assim, ao menos em um ordenamento jurídico como o brasileiro, onde já há previsão constitucional para o dever de fundamentar as decisões judiciais, forçoso concluir que a prova-resultado *deve ser* um *argumento* ou uma *inferência*, em que a crença do juiz sobre a ocorrência ou não de determinado fato aparece como *conclusão*, e as justificativas ou razões oferecidas para essa crença são as *premissas* do argumento, de onde o juiz *infere* sua conclusão, isto é, com base nas quais *justifica sua crença*, expressa como conclusão do mesmo argumento. (GUERRA, 2017, 53). (Grifo no original),

A dimensão objetiva da prova e o papel que ela desempenha no processo democrático parecem incontestáveis. A existência de instâncias diversas no nível ordinário ¹¹, ou seja, instâncias judiciais perante as quais haverá produção e valoração da prova, por si só, demonstra a necessidade de tratamento mais objetivo do tema. Ainda que se considere o Poder Judiciário como único destinatário da prova (o que se afigura equivocado), a existência de mais de uma instância de apreciação exige que o magistrado de primeiro grau, ao indeferir determinada prova por reputá-la desnecessária, leve em conta mais do que o seu convencimento pessoal (subjetivismo) acerca da confirmação das narrativas apresentadas pelos sujeitos processuais, pois outro órgão judicial irá (ou poderá) sucedê-lo na apreciação da matéria.

É que, embora suficientemente convencido de determinada narrativa deduzida no processo, o magistrado deve considerar, ao apreciar a pertinência de determinada prova postulada pela parte (ou determinável de ofício), que pelo menos mais uma instância ordinária irá (ou poderá) apreciar os aspectos fáticos da causa e que, para a instância superior, é possível que a produção daquela prova venha a ser considerada relevante. Esse aspecto da questão, que se materializa de modo especial (mas não apenas) na fase de saneamento do processo, demonstra a necessidade de se atribuir a devida importância à dimensão objetiva do convencimento, fugindo-se do

¹¹ As instâncias judiciais ordinárias são responsáveis pela certificação dos aspectos fáticos da controvérsia. É nelas que serão firmados “se” e “como” os fatos relevantes da causa ocorreram. Para tanto, devem se debruçar sobre a prova produzida, valorando-a. As instâncias extraordinárias não desempenham esse papel, apenas consideram exaurida a discussão fática e cingem sua apreciação à aplicação do direito aos fatos certificados pela instância ordinária. É o que ocorre no Brasil, por exemplo, com os recursos especial e extraordinário, cuja competência, respectivamente, é do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

mero psicologismo, até para que se evite a anulação da instrução do processo pela instância *ad quem*.

Alexandre Freitas Câmara (2016, p. 228) demonstra a relevância prática dessa matéria:

A compreensão adequada disto certamente poderá evitar muitas anulações de decisões judiciais. É que com alguma frequência se vê casos em que o juiz indefere a produção de certa prova ao fundamento de que a mesma não seria capaz de influenciar na formação do *seu* convencimento. Muito frequentemente, porém, a decisão que posteriormente é proferida vem a ser anulada em grau de recurso, exatamente por ausência daquela prova cuja produção não foi admitida.

É válido salientar, ainda, como argumento contrário ao excessivo subjetivismo na apreciação da prova, que esta não se destina exclusivamente aos órgãos judiciais e que, portanto, sua função não é apenas influir no convencimento dos julgadores. Nesse sentido, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis produziu o seguinte enunciado doutrinário: “Enunciado 50: Os destinatários da prova são aqueles que dela podem fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz”.

Mais uma vez, esclarece Alexandre Freitas Câmara (2016, p. 227) que “a avaliação que as partes fazem da prova é evidentemente levada em consideração quando se verifica se vale ou não a pena recorrer contra alguma decisão.”

Indo-se mais além, pode-se dizer que a prova é ferramenta argumentativa de que dispõem as partes para exercerem controle recursal das decisões judiciais (no que respeita aos aspectos fáticos da causa), o que, aliás, repercute gravemente na legitimidade democrática do exercício da jurisdição. Ignorar que as partes e eventuais terceiros intervenientes (tanto quanto o órgão julgador da instância ordinária) são destinatários da prova implicaria manter (ou ressuscitar) a perspectiva autoritária e verticalizada de processo, geometricamente representada pela metáfora do triângulo, em que o vértice superior é ocupado pelo juízo, e os inferiores, pelas partes.

Além das partes e de terceiros intervenientes, outros sujeitos processuais desinteressados podem ser tidos como destinatários da prova em certa medida e sob certa perspectiva. O perito judicial, por exemplo, ao elaborar um estudo técnico do caso, normalmente se vale de outros elementos de prova constantes dos autos, como documentos, laudos, e até mesmo depoimentos. Aliás, o perito pode colher depoimentos sobre fatos relevantes, no que respeita ao objeto da prova pericial.

Numa perspectiva ainda mais ampla, pode-se compreender que a prova tem como destinatários não apenas as partes, terceiros intervenientes, sujeitos processuais desinteressados e o juízo, mas também, na condição de destinatária mediata, a própria sociedade, a quem interessa o exercício democrático do poder, que, afinal, emana do povo. Essa perspectiva mais ampla do tema revela a necessidade de se romper com paradigmas autoritários que não mais atendem as necessidades do moderno Estado Democrático de Direito.¹²

Muito pouco importa o processo ocorrido no cérebro do magistrado, que o levou a determinada conclusão, mesmo porque os escaninhos da mente ainda são insondáveis, até para o próprio sujeito pensante. A esse propósito, vale salientar que a Neurociência não oferece (ainda) bases seguras para a “naturalização” da mente humana, ou seja, a conversão dos estados mentais em fatos empíricos passíveis de análise laboratorial, tal e qual ocorre com as ciências duras.¹³

Sobre a naturalização da mente, esclarece Daniel González Lagier (2014, *ePub*) que *"La naturalización de la mente es, por consiguiente, el intento de reconstruir los conceptos mentales —como creencia, decisión, intención, deseos, emociones, dolor, etcétera— de manera que puedan ser aceptados por las ciencias de la naturaleza."*¹⁴

Cumprasseverar que a visão excessivamente centrada no convencimento (de viés psicologista) tende a ignorar aquilo que a neurociência vem demonstrando em seus estudos sobre o funcionamento da mente humana. No cotidiano, a maior parte

¹² A sociedade tem um papel de extrema relevância na apreciação da prova. Explico: da mesma forma que a sociedade é intérprete indireta da Constituição (HÄBERLE, 2002) e do Direito positivado, de um modo geral, também o é em relação aos fatos, pois a valoração das condutas humanas é inerente ao convívio social. Desse modo, como não é dado ao julgador se valer da sua pauta pessoal de valores, deve o magistrado recorrer aos valores preponderantes na sociedade do seu tempo. Desse modo, parece razoável afirmar que a sociedade não seria apenas destinatária mediata da prova, mas cointérprete dos fatos.

¹³ Inúmeras teorias sobre a mente e o cérebro humanos são desenvolvidas e estudadas por filósofos e neurocientistas. Basicamente, todas elas partem de uma das seguintes concepções sobre o tema: dualismo e monismo. O dualismo entende que a mente e o cérebro têm substância e propriedades distintas. Os monistas, por seu turno, partem da premissa de que mente e cérebro se confundem. Entre estes, contudo, há várias ramificações teóricas, algumas propensas a reduzir todos os estados mentais a (re)ações cerebrais (materialistas), outras propensas a supervalorizar a mente em detrimento do cérebro. De um modo geral, segundo Daniel González Lagier (2014, *ePub*), têm prevalecido no meio científico as teorias de matriz monista materialista, que acreditam que *"A medida que avance la neurociencia, podremos sustituir el lenguaje de los estados mentales por el lenguaje de los estados cerebrales, de igual manera que el descubrimiento de los virus y las bacterias permitió rechazar las explicaciones de las enfermedades en términos de demonios, maldiciones y espíritus."*

¹⁴ Tradução livre: “A naturalização da mente é, portanto, a tentativa de reconstruir conceitos mentais - tais como crença, decisão, intenção, desejos, emoções, dor, etc. - para que possam ser aceitos pelas ciências naturais.”

da atividade cerebral ocorre de modo inconsciente, o que permite que os indivíduos “decidam” questões rotineiras de forma quase automática, sem necessidade de recorrer a raciocínios mais complexos ou a ponderações de ordem científica ou filosófica a cada ato que necessitam praticar. Essa atividade mental fluida, sem qual as atividades humanas corriqueiras estariam seriamente comprometidas, está relacionada à criação de situações-padrão, a partir do campo individual de experiências. Destarte, quando a situação-tipo aparentemente se repete, a resolução adrede preparada para o caso entra em cena para simplificar o processo de tomada de decisão.

Desse modo, pode-se dizer que a mente humana, no que tange à tomada de decisões, atua através de dois sistemas que se auxiliam mutuamente na realização das tarefas, desde as mais simples até as mais complexas. O *Sistema 1* é responsável pelo *modo rápido* de pensar. Esse pensamento rápido só é possível porque trabalha com padrões baseados na experiência, ou seja, o cérebro “já sabe” o que acontecerá quando presentes determinadas circunstâncias. Assim, somente é ativado o *Sistema 2* de pensamento, mais elaborado e reflexivo, “quando se detecta um evento que viola o modelo do mundo mantido pelo Sistema 1”. (KAHNEMAN, 2012, p. 34).

Ocorre que quanto mais experiências são vivenciadas, mais se estabelecem padrões e mais propensos são os indivíduos a reduzirem os fatos a esses modelos previamente estabelecidos, o que facilita a tomada de decisão. Assim, o sistema reflexivo permanece em repouso, pois, na maioria dos casos, não detecta algo que fuja daquilo que ele “já sabia” que ocorreria. Não seria exagero imaginar que, pela propensão natural e verificável em todos os seres vivos, consistente na tendência de realizar o maior número de atividades com o menor dispêndio possível de energia, há uma tendência natural de encaixar realidades novas em molduras previamente estabelecidas.

No campo do Direito processual, há que se garantir, com a maior efetividade possível, que essa simplificação da vida (associada às máximas de experiência) não termine por tolher o direito das partes de produzir prova e de ter seus argumentos considerados pelo órgão julgador. A centralidade do aspecto psicológico do convencimento termina por ignorar (ou deixar em segundo plano) a dupla função (epistêmica e argumentativa) da prova, dando ensejo à prevalência do modo rápido de pensar e à adoção de verdades instantâneas.

Sobre o risco envolvido na simplificação mental da realidade, associada à

verdade *evidente*, vale dizer, “verdade” baseada em concepções oriundas do campo de experiência pessoal e projetadas no horizonte de expectativas do indivíduo (no caso, o magistrado), tudo isso aliado à (equivocada) visão de duração razoável do processo como *celeridade (resposta rápida)*, vale transcrever a seguinte advertência doutrinária:

[...] Uma vez operada tal redução, abre-se espaço para a introdução da evidência ¹⁵, na medida em que aquilo que é normal e não apresenta complexidade própria não justifica que em torno de si se desenvolva uma instrução probatória própria. Perceba-se que, aqui, existe uma estreita vinculação também com a ideia de expectativa, porque aquele que presume a normalidade já parte da lógica de que sabe exatamente o que vai encontrar, uma vez que privilegia a repetição em detrimento da diferenciação.” (MARDEN, 2015, p. 145).

Propõe-se uma mudança de paradigma no tocante à prova, reduzindo-se a importância do seu aspecto puramente psicológico, para dar espaço à objetividade do argumento e da demonstração do acerto das narrativas fáticas utilizadas como supedâneo para aplicação do direito. Ocorre que as mudanças de paradigma não são acontecimentos abruptos e não se processam de forma linear, retilínea ou cartesiana. Os paradigmas não se superam em um dado momento cronológico, antes coexistem numa relação de lateralidade, de horizontalidade, influenciando-se (ou “contaminando-se”) reciprocamente (MARTINS, 2013).

Por outro lado, a mudança quase sempre é sinal de amadurecimento. Esse câmbio de paradigmas no âmbito científico, enquanto “conjunto de ilustrações recorrentes e quase padronizadas de diferentes teorias nas suas implicações conceituais, instrumentais e na observação” (KUHN, 2005, p. 67), é inerente ao progresso do conhecimento e revela “padrão usual de desenvolvimento da ciência amadurecida” (KUHN, 2005, p.32).

A busca por mais racionalidade no discurso jurídico, inclusive nas decisões judiciais, passa pela mudança de paradigma, abandonando-se concepções marcadamente subjetivistas e psicologistas sobre o papel da prova no processo judicial, e substituindo-as por critérios mais objetivos e racionais. O convencimento não pode ser proscrito, porquanto desiderato mais óbvio da argumentação, contudo, não deve ser supervalorizado. O valor do estado de convencimento deve ser

¹⁵O autor citado utiliza o conceito de evidência trabalhado por Rui Cunha Martins, em obra intitulada “O ponto cego do Direito”. Trata-se da certeza que se forma na mente do indivíduo, sem compromisso com os “esteios probatórios”, padecendo de “caráter alucinatório”, pois capaz de converter em verdade “real” a mera (e irrefletida) percepção pessoal dos fatos. (MARTINS, 2013).

proporcional à capacidade de demonstração empírica e argumentativa das razões que o alicerçam. As conclusões acerca dos fatos não podem estar fundadas em operações mentais intuitivas, não passíveis de demonstração.

Fora do Direito seria implausível supor a aceitação de um padrão de prova científica baseado nas impressões pessoais do cientista, no seu nível de confiança em determinada hipótese. Pelo contrário, exige-se demonstração objetiva da hipótese testada. O aspecto subjetivo da prova (adesão psíquica) é relevante para o processo de descoberta, pois todo e qualquer avanço da Ciência é precedido de meras suposições iniciais. Perde sua importância, contudo, quando se trata de demonstrar o acerto da hipótese ventilada. A pretensão de cientificidade do Direito é incompatível com o culto ao subjetivismo, ainda que a sua dimensão valorativa não permita o completo isolamento dos aspectos puramente objetivos, sem contaminações subjetivistas.

Larry Laudan (2013, p. 125/126) tece a seguinte crítica ao comparar a noção de prova para o Direito e para outras ciências:

Sin embargo, fuera del derecho, un estándar de prueba nunca se plantea en términos de los niveles de confianza subjetiva de quienes realizan la indagación correspondiente, sino en términos de vínculo inferencial que debe existir entre las pruebas disponibles y la hipótesis de que se trate a los efectos de poder considerar tal hipótesis como una proposición probada.¹⁶

As razões que o juiz deve expor como fundamento do seu convencimento não podem ser quaisquer razões. Devem ser aquelas sustentáveis intersubjetivamente e que encontrem suporte objetivo na prova. Como ressalta Lênio Luiz Streck (2015, p. 301),

Da perspectiva normativa do princípio que exige a fundamentação das decisões, o juiz não tem a opção para se convencer por qualquer motivo, uma espécie de discricionariedade em sentido fraco que seja; ele deve explicitar com base em que razões, que devem ser intersubjetivamente sustentáveis, ele decidiu desta e não daquela maneira, conforme bem diz Marcello Catoni.

¹⁶ Tradução livre: "Entretanto, fora do Direito, um padrão de teste nunca surge em termos de níveis de confiança subjetiva daqueles que executam a investigação correspondente, mas em termos de ligação inferencial que deve existir entre a evidência disponível e a hipótese em questão para o fim de se poder considerar tal hipótese como uma proposição comprovada."

3 A FUNÇÃO EPISTÊMICA DA PROVA NO PROCESSO JUDICIAL

O tema prova não se exaure no campo do processo judicial. Há diversas outras searas jurídicas (v.g.: administrativa, cartorária, fiscal, investigatória etc) e não jurídicas de aplicação, daí falar-se em comprovação laboratorial de teses científicas, contraprova de exame clínico e em tantas outras possibilidades. Em cada campo do conhecimento científico, ou mesmo fora do âmbito das ciências, a prova se reveste de características específicas e é chamada a desempenhar diferentes funções. Há, contudo, um conteúdo finalístico comum: busca-se demonstrar algo, comprovar a ocorrência de fato relevante para quem pesquisa e/ou para terceiros. Eis a função epistêmica da prova, que se volta para o conhecimento de algo que está em curso ou que ocorreu no passado.

No âmbito do processo judicial, alguns autores costumam ressaltar que o objeto da prova seria a reconstrução histórica de fatos, o que lhe conferiria caráter necessariamente retrospectivo. Omitem, contudo, a possibilidade (não rara) de prova sobre fato atual. É o que se dá, por exemplo, na tutela de remoção de ilícito, que visa a cessar lesão em curso, removendo-se a sua causa, que, muitas vezes tem natureza contínua e é demonstrável na realidade presente, sem recurso ao historicismo. Há várias outras hipóteses em que a prova recai sobre fato atual, como se dá, por exemplo: na demonstração de vínculo genético, no estado gravídico para fins de alimentos desse gênero, na incapacidade para o trabalho, na enfermidade mental para fins de curatela, entre outras inúmeras situações.

Não se pode ignorar, ainda, que a prova pode ter cunho prospectivo, embora em situações bem mais específicas. É o que ocorre com o diagnóstico de incapacidade (absoluta ou relativa) *não definitiva*. A prova demonstra que determinada pessoa, presentemente incapacitada, estará recuperada em algum tempo relativamente previsível, caso venha a ser submetida a determinado tratamento ou mesmo pelo restabelecimento espontâneo do corpo. O tema adquire suma relevância prática, por exemplo, em ações relativas ao seguro obrigatório para veículo automotor (DPVAT), pois, segundo a legislação de regência, somente é indenizável a incapacidade permanente (não reversível no futuro). Como ressalta Jordi Ferrer Beltrán (2007, p. 32), *“debe observarse que, em ocasiones, el juez se encuentra ante la necesidad de determinar la ocurrencia de hechos presentes y hasta la de precedir*

*hechos futuros.”*¹⁷

Não se ignora que diversas outras funções são atribuídas à prova, bem como que, para alguns estudiosos, a função epistêmica seria descabida, pois fundada na concepção de verdade como correspondência, e que, por outro lado, seria inconciliável com a função argumentativa. No presente trabalho, serão analisadas especificamente as duas funções mais relevantes da prova (epistêmica e argumentativa), sem, contudo, se negar a existência e pertinência (pelo menos, em certa medida) de outras funções secundárias. Serão analisadas e refutadas as críticas mais contundentes ao pensamento aqui defendido, além de demonstrada a possibilidade de conciliação das duas funções destacadas.

O presente capítulo, com suas subdivisões, é dedicado à função epistêmica da prova, reservando-se o capítulo subsequente à função argumentativa, que, apesar da relação umbilical com a primeira, merece tratamento apartado por razões puramente didáticas.

3.1 Função epistêmica e verdade

A discussão filosófica sobre a verdade é algo que acompanha a humanidade há séculos. É bíblica a passagem em que o representante do Império Romano em Jerusalém, Pôncio Pilatos, indaga ao próprio Cristo o que seria a verdade, sem obter qualquer resposta do Nazareno. Mas as disputas filosóficas sobre o tema são bem anteriores à era cristã e ainda se fazem atuais, dadas a complexidade do tema e as diferentes visões que ele suscita.

Com as limitações próprias do seu tempo, o homem construiu diferentes conceitos de verdade e traçou diferentes formas de obtê-la. Se nos dias atuais parece absurdo submeter alguém à “prova do fogo”¹⁸ para solucionar impasses judiciais sobre matéria fática, a partir da análise da existência e da gravidade das lesões produzidas no seu corpo, para o homem médio do século IV essa ferramenta “epistêmica” fazia bastante sentido, pois sua percepção da realidade era povoada por misticismo e credices. Era crível supor que Deus interviria na economia da vida cotidiana para

¹⁷ Tradução livre: “[...] Deve-se notar que, na ocasião, o juiz se depara com a necessidade de determinar a ocorrência de eventos presentes e até mesmo para predizer eventos futuros.

¹⁸ Acreditava-se que a intervenção divina pouparia de lesões aquele que, estando com a verdade a seu favor, fosse submetido às chamas. A existência de queimaduras graves poderia significar mentira e dissimulação.

solucionar questões genuinamente humanas. Afinal, enxergamos e compreendemos o mundo que nos cerca através da lente própria do nosso tempo, que, não raro, é turvada por um sem número de limitações, especialmente culturais, que marcam cada estágio evolutivo por que tem passado a humanidade.

Ao contextualizar a instituição dos ordálios na linha espaço-temporal, Michele Taruffo (2016, p. 20) conclui que,

Em realidade, os ordálios podem parecer *culturalmente* racionais, no sentido de que eram coerentes com a cultura dos contextos sociais circundantes. Naqueles tempos, a vida cotidiana das pessoas era dominada pelo sangue e pela violência e estava profundamente imersa em um mundo místico repleto de milagres, santos, demônios, bruxas e magos: em uma cultura desse gênero, dominada pelo *enchantment*, a convicção de que o divino pudesse desempenhar um papel importante na determinação da vida dos seres humanos podia parecer profundamente justificada. (Grifo no original).

O sentimento de busca pela verdade, pode-se dizer, é inato ao homem, é intuitivo, e por isso guarda a mesma essência desde tempos imemoriais. O conceito de verdade e as formas de se chegar a ela, por outro lado, sofreram profundas variações no curso da história, pois se sujeitam à cultura e aos institutos jurídico-positivos, que são cambiáveis no tempo e no espaço. Sobre as mudanças a que estão sujeitas as regras que tratam da prova (*law of evidence*), nas perspectivas temporal e geográfica, sob influência direta do estado da técnica e da cultura dos povos, em contraposição à pretensão de universalidade da Filosofia, ensina-nos Susan Haack (2014, p. 28) que “*epistemology, like philosophy generally, is essentially universal; the law of evidence, like the law generally, varies from place to place and from time to time.*”¹⁹

Na história da humanidade, a verdade (absoluta) foi utilizada como instrumento de dominação dos povos, sob o amparo teórico do absolutismo filosófico, que prega a existência de uma realidade plena, onde reside a verdade, mas que é inacessível à generalidade dos humanos ²⁰, ressalva feita apenas aos eleitos, indivíduos iniciados

¹⁹ Tradução livre: “Epistemologia, como a filosofia em geral, é essencialmente universal; a lei que disciplina a prova, como a lei em geral, varia de lugar para lugar e de tempos em tempos.”

²⁰ O escritor russo Liev Tolstói (2017, p. 1.350-1.351), no romance intitulado “Guerra e paz”, escrito e publicado na segunda metade do século XIX, traz narrativa literária de cunho eminentemente filosófico, capaz de transmitir com propriedade a ideia de multiplicidade de visões que os homens têm dos fatos que os cercam, porém, todas elas débeis e parciais, incapazes de alcançar a essência das coisas: “Uma abelha, depois de pousar numa flor, pica uma criança. A criança teme a abelha e diz que o objetivo da abelha é picar as pessoas. Um poeta admira a abelha que chupa o cálice de uma flor e diz que o objetivo da abelha é chupar os aromas das flores. O apicultor, ao notar que a abelha recolhe o pólen das flores e o leva para a colmeia, diz que o objetivo da abelha é a coleta do mel. Outro apicultor, que estuda a vida da colmeia mais detidamente, diz que a abelha coleta o pólen para a nutrição das

em determinada doutrina transcendental, que gozam de intimidade com o próprio Ser absoluto, a quem todos os mortais, por não serem dotados de acesso a esse “conhecimento”, deveriam nutrir obediência e respeito irrestritos.

A propósito, vale transcrever a crítica de Hans Kelsen (2003, p. 181) ao absolutismo filosófico e aos seus reflexos no campo político:

O paralelismo existente entre absolutismo filosófico e político é manifesto. A relação entre o objeto do conhecimento, o absoluto, e o sujeito do conhecimento, o ser humano individual, é muito semelhante à que existe entre um governo absoluto e os que a ele estão sujeitos. O ilimitado poder de tal governo está além de qualquer influência por parte de seus governados, que devem obediência às leis sem participarem de sua criação; do mesmo modo, o absoluto está além de nossa experiência, enquanto o objeto do conhecimento, na teoria do absolutismo filosófico, é independente do sujeito do conhecimento, totalmente determinado, em seu conhecimento, por leis heterônomas.

Em reação a essa doutrina absolutista, o pêndulo da História chega ao extremo oposto, fazendo surgir e recrudescer a concepção relativista de verdade. Partindo-se do criticismo de Immanuel Kant (levado ao extremo), chega-se à virada linguística e, com ela, à ideia de que a verdade é uma construção da linguagem.

O objeto de conhecimento somente existe em razão de quem o observa/estuda e a verdade pressupõe algum nível de consenso entre os sujeitos. Filósofos como Habermas refutam abertamente a verdade como correspondência e postulam um conceito de verdade ligado ao discurso e ao consenso. A verdade perde o caráter ontológico de outrora, abrindo espaço para a possibilidade teórica de verdades múltiplas sobre o mesmo fato, a depender da compreensão dos indivíduos.²¹

Cronologicamente anterior às chamadas viradas linguísticas, Hans Kelsen (2003, p. 164) , ao se contrapor ao absolutismo filosófico e suas consequências

abelhas jovens e para incubação de uma mãe e que o objetivo da abelha é a continuação da espécie. Um botânico observa que, ao voar com o pólen de uma flor dioica para o um pistilo, a abelha o fertiliza, e o botânico vê nisso o objetivo da abelha. Outro, ao observar a migração das plantas, vê que a abelha contribui para essa migração, e esse novo observador pode dizer que nisso reside o objetivo da abelha. Mas o objetivo final da abelha não se esgota no primeiro, no segundo nem no terceiro objetivo que a razão humana está em condições de descobrir. Quanto mais alto se ergue a razão humana na descoberta de tais objetivos, mais fica evidente para ela a inacessibilidade do objetivo final.”

²¹ Não se pode olvidar, ainda que de passagem, o neologismo “pós-verdade”, que tem repercutido em escala mundial, graças às mídias sociais, especialmente por meio da internet. Os que defendem o seu uso acreditam que uma narrativa lógica e internamente coerente pode ser validamente utilizada para comover e convencer discursivamente a opinião pública, ainda que não tenha qualquer coincidência com os fatos. Trata-se, portanto, de uma inverdade deliberadamente forjada para alcançar determinados objetivos por meio do discurso, dentro de um campo de ação estratégica sem qualquer regulamentação ou singelamente regulado.

nefastas para a democracia, lecionou acerca do relativismo filosófico nos seguintes termos:

O relativismo filosófico, por outro lado, defende a doutrina empírica de que a realidade só existe na esfera do conhecimento humano, e que, enquanto objeto do conhecimento, a realidade é relativa ao sujeito cognoscitivo. O absoluto, a coisa em si, está além da experiência humana; é inacessível ao entendimento humano e, portanto, impossível de ser conhecido.

Visões *extremadas* sobre a verdade repercutem direta e negativamente sobre o processo, ora para conferir ao juiz o papel de oráculo absoluto, responsável por revelar²² a verdade às partes e a terceiros, por meio de mecanismos obscuros e não tributários de valores democráticos, ora para relegar a função epistêmica da prova a mero coadjuvante, quando não, a proscrevê-la da dinâmica processual, em reverência à ideia (extremada) de que, por ser a verdade inalcançável, melhor seria contentar-se com a persuasão ou a coerência dos argumentos apresentados em juízo.

É preciso ter claro que os predicados verdadeiro e falso não qualificam fatos, mas afirmações sobre fatos, enunciados ou narrativas empíricas. Os fatos, ontologicamente, existem ou não existem, de modo que seria ilógico, a seu respeito, falar-se em verdade ou falsidade. O que se diz a respeito deles (dos fatos) é que pode ser verdadeiro ou falso. E mais: a relatividade não está nos fatos (ou na verdade), mas no acesso que se pode ter a eles por meio das ferramentas dispostas pelo ordenamento jurídico, com todas as limitações epistêmicas decorrentes de fatores naturais, culturais/institucionais, dentre estes, o próprio direito, quando impõe limites à prova para a preservação de outros valores relevantes para a sociedade. Assim, desfaz-se a confusão entre relatividade da verdade e relatividade do acesso à verdade. Nessa ótica, o que pode sofrer variações de graus (e, usualmente, sofre) não é a verdade em si, mas o grau de confirmação do enunciado empírico. “Por conseguinte, é o conhecimento da verdade que se qualifica como relativo, já que fundado nas razões pelas quais é provável que um convencimento seja verdadeiro.” (TARUFFO, 2016, p. 105).

Portanto, não parece adequado falar na existência de uma verdade puramente formal, em contraposição à verdade material. A verdade é uma, embora a

²² O conhecimento revelado não goza de cientificidade, não se o constrói a partir de métodos previamente estabelecidos. Por ser dogmático, não se sujeita ao falseamento, sequer demanda justificação racional. Esse paradigma, por vezes, ainda contamina o processo judicial do tempo presente, quando são proferidas decisões que desconsideram as alegações das partes e apresentam “fundamentação” genérica, acoplável a qualquer processo.

compreensão dos fatos possa ser condicionada, como dito, por diversos fatores (naturais e culturais). É possível (e desejável) que o ordenamento jurídico imponha limites à pesquisa da verdade no processo judicial, o que não significa dizer que tal limitação estaria a criar nova modalidade de verdade (é dizer, uma verdade formal).

As limitações impostas pelo ordenamento jurídico não desnaturam a unicidade da verdade, não têm o condão de criar uma pluralidade de verdades, mas revelam o maior ou menor prestígio que se confere ao seu esclarecimento. Marco Antônio de Barros (2011, p. 25) corrobora com essa visão ao afirmar que:

A unicidade da verdade existe e existirá sempre, independentemente do valor que se lhe atribua para efeito de obtenção do resultado do processo. Todavia, as formas de tratamento jurídico previstas em leis processuais, na doutrina e jurisprudência é que prestam à verdade o atestado de sua maior ou menor relevância na solução do caso concreto.

Percebe-se a assimilação dessa falsa dicotomia (formal vs material) em Francesco Carnelutti (2016, *ePub*), que apresenta posição radical no sentido de que qualquer limitação à função epistêmica da prova desautoriza falar-se em verdade no processo judicial, mas tão somente em certificação formal dos fatos, o que denomina verdade jurídica ou verdade formal:

O conceito desta reação é compendiado normalmente na antítese significativa da verdade material para a verdade formal ou jurídica; o resultado da procura juridicamente limitada ou disciplinada não é mais a verdade verdadeira, mas uma verdade convencional, que se batiza por verdade formal, porquanto a ele conduz uma indagação regulada nas normas, ou por verdade jurídica, enquanto ela é procurada mediante leis jurídicas, não somente mediante leis lógicas, e somente por efeito destas leis jurídicas se substitui à verdade material.

Mais adiante, reforçando sua visão extremada acerca da verdade e dos limites jurídicos para sua apuração no processo, o jurista italiano parece adotar perspectiva de “tudo ou nada”, quando arremata:

Aqui fico contente de insistir sobre o conceito de que é suficiente um limite mínimo para a liberdade de procura do juiz para que o processo de procura da realidade degenere em processo formal de fixação; em outras palavras, a medida do limite é indiferente à natureza do processo. A verdade é como a água: ou é pura ou não é verdade. (CARNELUTTI, 2016, *ePub*)

O presente estudo não adota postura radical no tocante à verdade, não segue perspectiva “tudo ou nada” e admite a existência de verdade por aproximação. A despeito das limitações e condicionantes, que são de várias ordens, a verdade é um componente relevante do processo e deve ser perseguida, claro, na medida do juridicamente possível, considerando outros valores socialmente relevantes que se

projetam nesse microcosmo social, que é o processo. Erigir a verdade ao patamar central, em torno do qual tudo o mais gravitaria, seria equívoco equiparável a desprezá-la, contentando-se com a mera certificação formal.

Obviamente, em alguns casos, notadamente no processo extrapenal, considerando-se a natureza disponível da matéria versada, a busca pelo esclarecimento da verdade pode ser limitada pelas partes, seja por ato unilateral (a contumácia do réu, por exemplo, pode gerar presunção de veracidade, tornando desnecessária a produção de prova), seja por consenso, por meio do negócio jurídico processual referente aos meios de prova e a sua produção²³. Note-se, contudo, que essa possibilidade não representa o banimento da verdade do processo, mas o simples ajustamento da sua relevância à coexistência com outros valores, como, no exemplo dado, a autonomia da vontade.

A verdade sobre as narrativas fáticas relevantes para o processo está intimamente ligada ao princípio da legalidade e ao próprio Estado de direito. Como será mais bem detalhado adiante, toda regra tem um antecedente fático, uma hipótese de incidência. A legalidade não é observada quando qualquer norma é aplicada a qualquer situação fática, mas tão somente quando a norma incide sobre os fatos previstos no seu antecedente. Para que haja certificação material do antecedente da norma, é necessário que a prova seja eficiente na demonstração (ou afastamento) de tais acontecimentos empíricos.

Sobre a relevância da especificação dos fatos para a correta aplicação do direito, Jerzy Wróblewski (1992, p. 131) afirma:

*Each final judicial decision has a factual basis. The court determines legal consequences of those facts of the case which it acknowledges as proven. That the facts be determined properly is one of the necessary, although not sufficient, conditions of the correctness of a decision*²⁴.

No mesmo sentido, Hugo de Brito Machado Segundo (2015, p. 257) leciona:

Como se sabe, prova e verdade estão diretamente ligadas. O direito se exprime por meio de normas, que incidem sobre os fatos nelas

²³ A esse respeito, o Código de Processo Civil nacional trouxe significativo avanço ao prestigiar a autonomia da vontade das partes, autorizando-as de forma ampla a disporem sobre procedimento, ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo (vide art. 190, *caput*).

²⁴ Tradução livre: “Cada decisão judicial final tem uma base factual. O tribunal determina as consequências legais dos fatos do caso que reconhece como provados. A determinação adequada dos fatos é uma das condições necessárias, embora não suficiente, para a correção de uma decisão.”

hipoteticamente previstos, se e quando esses mesmos fatos acontecerem. Daí por que a constatação da ocorrência desses fatos é fundamental para que se determine a incidência da norma e a produção de seus efeitos.

Mais adiante, ao associar verdade, legalidade e Estado de Direito, o autor complementa:

Por isso, pode-se dizer que o direito de ver esclarecida a verdade, no que tange aos fatos alegados em um processo, será diretamente relacionado ao direito a uma tutela jurisdicional efetiva, ao princípio da legalidade e à própria ideia de Estado de Direito. As leis, ao veicularem normas jurídicas, preveem hipóteses e prescrevem condutas a serem seguidas se e quando essas hipóteses acontecerem. Assim, para que as leis sejam corretamente observadas e aplicadas, não basta conhecer o que hipoteticamente prescrevem. É preciso saber se ocorreram, no mundo fenomênico, os fatos nela previstos, a fim de que a eles se atribuam os efeitos legalmente indicados. (MACHADO SEGUNDO, 2015, p. 264).

A prova é essencial ao esclarecimento da verdade e, conseqüentemente, à certificação dos fatos sobre os quais incide a norma jurídica. Carnelutti (de forma exagerada, mas não desarrazoada) coloca esse aspecto do processo como sendo o seu “escopo”:

Cada norma jurídica representa um comando hipotético: põe uma determinada situação (exatamente um determinado conflito de interesses) e comanda relativamente a ela. Para individualizá-la é preciso constatar uma situação idêntica à situação colocada e comandar no mesmo modo relativamente a ela; assim o comando hipotético se torna comando real. A constatação da identidade (ou da diferença) da situação colocada pela norma com a situação colocada na causa é o escopo do processo e o objeto do juízo. (CARNELUTTI, 2016, *ePub*).

Ainda sobre a relevância da correta certificação dos fatos, como condição para a correção da aplicação do direito,

Tal se pode depreender do raciocínio de que as normas jurídicas impõem conseqüências a determinados fatos, do que se pode afirmar que, se determinado fato ficou estabelecido no processo, mas não corresponde, por qualquer razão, à realidade, a conseqüente incidência da norma foi determinada incorretamente pelo juiz, o que gera uma decisão equivocada e que afetará o direito de uma das partes inclusive tendo em vista a possibilidade de interposição de recursos, visto que os recursos de natureza extraordinária tendem a excluir a cognição de questões fáticas. (MATTOS, 2015, p. 534).

No contexto do debate processual, pode-se questionar se todos os atores estariam (ou mesmo, se precisariam estar) comprometidos com o esclarecimento dos aspectos fáticos da controvérsia, ou se a busca pela verdade por cada um deles seria apenas contingencial, a depender da conveniência para o interesse postulado em juízo. Em outras palavras: haveria, no processo, espaço para uma real busca pela verdade sobre os fatos ou essa perquirição estaria condicionada pelo interesse com

o qual se comprometeu cada uma das partes? A questão é relevante, mesmo para os críticos da verdade como correspondência, pois, nessa perspectiva, o processo pode ser visto como uma ação comunicativa, em que as partes e o juiz, sob determinado regramento procedimental, buscam um consenso sobre o melhor argumento aplicável ao caso, ou como uma *ação estratégica*, em que o objetivo de cada sujeito é simplesmente impor o seu ponto de vista e sagrar-se vencedor na disputa. (HABERMAS, 1999).

Susan Haack (2014, p. 12) distingue a genuína perquirição da verdade daquilo que chama de *pseudo-inquiry*, atividade movida por interesses particulares ou ideias com as quais o sujeito cognoscente está previamente comprometido:

Inquiry and Pseudo-Inquiry: Inquiry, as I understand it, is an attempt to discover the truth of some question or questions; by which I mean, simply, that the goal of an inquiry into whether p, say, is to end up concluding that p, if p, and that not-p, if not-p (and that it's "more complicated than a simple matter of whether p or not-p, if it is more complicated than that). Pseudo-inquiry, by contrast, is an attempt to make the best possible case for some conclusion determined in advance²⁵.

Apesar do desencanto romântico sobre a função da verdade no processo e sobre o quanto os sujeitos processuais estão (des)interessados nela, não se pode perder de vista a relevância da correta apuração dos fatos, pelas razões até aqui expostas, notadamente, porque sem ela a aplicação do direito estará confinada a aspectos meramente formais, ou mesmo persuasivos. Caso se considere dispensável (ou até mesmo indesejável, como parece ser o posicionamento extremado de alguns críticos) a busca pela verdade, o processo corre o risco de se tornar mero campo de batalha retórica.

O peso que a verdade (enquanto valor) terá em determinado ordenamento jurídico é fortemente influenciado pela ideologia preponderante. Por isso, não se deve desconsiderar o peso da ideologia sobre as construções dogmáticas e sobre a positivação dos conceitos no âmbito jurídico-normativo. Ela determina o modelo de

²⁵ Tradução livre: "Investigação e pseudo-investigação: a investigação, no meu entender, é uma tentativa de descobrir a verdade sobre alguma questão ou algumas questões; pelo que quero dizer, simplesmente, que o objetivo de uma investigação sobre se p, digamos, é terminar concluindo que p, se p, e que não-p, se não-p (e que é mais complicado do que uma simples questão de se p ou não-p, se é mais complicado do que isso). Pseudo-investigação, ao contrário, é uma tentativa de fazer o melhor possível para concluir algo previamente determinado."

processo adotado em cada ordenamento e o papel que será exercido pela verdade, fixando-lhe regime jurídico próprio, o que inclui os limites normativos da gestão da prova.

O *adversary sistem* dos Estados Unidos da América, por exemplo, é ditado pela ideologia liberal extremada. Apesar de registrar alguma mitigação, esse sistema ainda é fortemente marcado pelo absentéismo estatal na economia privada, que, no microcosmo processual, significa atuação parcimoniosa do juiz, que adota postura similar à de um árbitro de futebol que deixa “a bola rolar”, como se diz no jargão futebolístico. Sua função se limita a dizer (ao final da “partida”) quem foi mais convincente e conquistou a vitória. Há uma disputa de habilidades argumentativas, o que tende a mitigar o papel e a relevância da verdade.

É interessante observar que esse sistema, em pleno século XXI, reproduz a forma (em certa medida) e é orientado pela mesma lógica do *duelo*, mecanismo de solução de conflitos herdado dos ordálios, de origem medieval. Em última análise, o *adversary sistem* promove o triunfo da habilidade e da força sobre a verdade, que poderá ser alcançada de forma apenas contingencial, mas que não é necessariamente uma preocupação dos sujeitos processuais, inclusive do órgão julgador (TARUFFO, 2016).

Para Michele Taruffo (2016, p. 132),

No que diz respeito ao processo, a ideia fundamental, ao centro do *adversary sistem*, é de que o melhor modo – e, aliás, o único modo – para se resolver controvérsias seja confiar no confronto entre os sujeitos envolvidos no conflito. Trata-se da concepção que Roscoe Pound definiria, a seu tempo, como *sporting theory of justice*: como em uma competição esportiva, de fato, é o confronto entre os competidores que determina o êxito da partida, estabelecendo quem é o vencedor. Além disso, como em uma competição esportiva, o papel do juiz não pode ser outro senão o de um *passive umpire*: sua tarefa é garantir o regular desenvolvimento da partida (“apitando as faltas” e “sancionando as violações às regras do jogo”); entretanto, ele não pode interferir no comportamento dos competidores, e, sobretudo, não pode influir de maneira alguma sobre o resultado final.

No extremo oposto, existe a ideologia de viés estatizante, que preconiza a intervenção máxima do Estado-juiz, com amplos poderes sobrepostos aos interesses das partes. Esse modelo pode ser tão ou mais danoso que o *adversary* americano. Parte-se da premissa de que o juiz seria provavelmente o único sujeito processual comprometido com a correta aplicação do direito e com a fiel reconstrução histórica dos fatos. Isso lhe daria uma posição superior, especialmente do ponto de vista

epistêmico, reforçando a clássica visão geométrica triangular do processo, em que o juiz ocupa o vértice superior.

O processo penal brasileiro, por exemplo, ainda guarda certo viés de intervencionismo estatal, capaz de solapar direitos e garantias processuais da parte, a começar pela imparcialidade do órgão julgador. É bem verdade que o contexto político da edição do Código de Processo Penal, nos idos de 1941, durante o Estado Novo, foi posteriormente alterado pela Constituição Federal promulgada em 1988, que impôs a releitura de vários institutos ali positivados. Porém, parece válido o registro, não apenas por sua relevância histórica, mas pela possibilidade de sobrevivência daquele paradigma autoritário, através da contaminação do modelo democrático que lhe é posterior.

Aquele diploma, em sua redação original, chegou a autorizar o magistrado a instaurar de ofício determinados procedimentos criminais. A diretriz persecutória era bastante clara em sua exposição de motivo, que chegou ao ponto de afirmar que as evidências existentes contra o réu, quando decorrentes, por exemplo, de situação de flagrante delito, deveriam excluir suas garantias processuais em prol da repressão penal, sob pena de permitir a expansão da criminalidade. Percebe-se que o texto foi orientado pela busca da verdade autoevidente (com todo o seu potencial “alucinatório”), sem maiores preocupações com as garantias processuais capazes de influenciar na reconstrução histórica dos fatos. O magistrado, uma vez convencido da culpa do acusado pela evidência das circunstâncias da prisão (em flagrante), não teria que lhe franquear “garantias e favores”.

Talvez como reação a esse sistema autoritário e monopolista da verdade, é interessante notar, entre os estudiosos do Direito, a nítida tendência de se considerar *old-fashioned* a busca pela verdade no campo do processo, como se fora um resquício do absolutismo filosófico, que somente daria abertura para manifestações autoritárias e totalitárias, sem vantagem real para a proteção dos direitos (inclusive processuais) das partes ou para o aprimoramento da jurisdição.

Alguns pensadores do Direito enxergam a verdade correspondente (noção que é utilizada neste trabalho) como uma espécie de “epistemologia inquisitória”, pois, para os que pensam dessa forma, buscar a verdade conduziria a autênticos “delírios” persecutórios no campo processual penal e, no campo cível, quebrantaria a

imparcialidade do julgador, levando-o a uma verdadeira “cruzada”, em detrimento dos direitos processuais das partes.

Salah H. Khaled Júnior (2016, p. 296) compartilha dessa visão pessimista em relação à função epistêmica da prova no âmbito do processo penal:

Acreditamos que essa abordagem é essencialmente danosa aos interesses do acusado, motivo pelo qual é preciso se afastar de uma epistemologia persecutória e obcecada pela verdade e tomar como postulada uma epistemologia que considera a questão do rastro e da evidência em toda sua complexidade, o que passa pelo próprio sentido de atividade probatória e pelo rompimento com concepções aptas a fundamentar – mesmo que inadvertidamente – a continuidade da epistemologia inquisitória.

Mais adiante, o mesmo autor complementa:

No entanto, o ideal de correspondência está para além das forças do conhecimento sobre o passado: independentemente da questão do protagonismo do juiz – que está intimamente associada a esta perspectiva -, a verdade correspondente não pode ser demonstrada através da atividade probatória, pois a correspondência está para além das forças dos rastros analógicos do passado; *Ser-como* e *Não-ser* não expressa correspondência, mesmo sob a forma relativa. (KHALED JR., 2016, p. 298).

Ocorre que muitos desses críticos não percebem que qualquer função atribuída à prova, se levada ao extremo, redundará fatalmente em graves disfunções. É o caso da “captura psicológica”, utilizada por Khaled e tantos outros, que, se levada ao extremo, prestigia excessivamente o caráter persuasivo das narrativas, em detrimento da objetividade dos argumentos e da fundamentação do julgado, com flagrante erosão democrática.

Para os críticos da verdade como correspondência, se os fatos se deram no passado, não se poderia falar propriamente em verdade (ainda que por aproximação). Essa distinção entre fatos presentes e passados, contudo, só faz sentido se o que se busca com a prova é exclusivamente o seu elemento psíquico, o convencimento. Se o objetivo da prova não é prioritariamente a “captura psíquica”, mas fornecer elementos disponíveis (objetivos) para tomada de decisão, é irrelevante o momento da ocorrência dos fatos a serem provados. Com efeito, para Jordi Ferrer Beltrán (2007, p. 33) ,

[...] se el hecho de que una proposición esté probada non depende de las creencias del juez al respecto, sino de los elementos de juicio disponibles a su favor, entonces estamos en el ámbito de la lógica de la prueba inductiva y el factor temporal no tiene ninguna relevancia justificativa ²⁶.

²⁶ Tradução livre: “[...] se o fato de uma proposição ser provada não depende das crenças do juiz sobre ela, mas dos elementos de julgamento disponíveis para ela, então estamos no âmbito da lógica da prova indutiva e o fator tempo não tem relevância justificativa.”

A invocação de um direito (em juízo ou fora dele) pressupõe a possibilidade da demonstração de que seus pressupostos fáticos foram efetivamente satisfeitos. Embora se admita como altamente questionável o conceito de justiça, dada a sua extrema subjetividade, parece estar fora dessa “zona cinzenta” do subjetivismo a necessidade de se demonstrar que a narrativa fática (que suporta a pretensão da parte) coincide com a realidade ou, pelo menos, é “mais provável do que não” (nas lides extrapenais).

Assim, é válido concluir que a função epistêmica da prova reside na demonstração (por meio da reunião de elementos de prova suficientes) da (in)ocorrência dos fatos descritos nas narrativas relevantes para o julgamento da causa (suposto normativo), a fim de que possam surtir os efeitos legais decorrentes da incidência das regras jurídicas aplicáveis (consequente normativo). Não significa em absoluto dizer (dogmaticamente) que a verdade foi encontrada ou que a demonstração dos fatos seja categórica e irrefutável (apesar da formação da coisa julgada, cujo alcance é restrito ao comando contido no provimento final).

É nessa linha de pensamento epistemologicamente falibilista, não comprometida com a visão dogmática do mundo, que Daniel Gonzáles Lagier (2006, p. 128), em defesa da verdade por aproximação no âmbito do processo judicial, afirma:

La verdad absoluta no sólo es inalcanzable para los jueces, si no para todos. Pero eso no nos autoriza a abandonar los esfuerzos para que nuestro conocimiento de la realidad se aproxime lo máximo posible a la verdad. Como señala Jordi Ferrer, la prueba (judicial y científica) no tiene una conexión conceptual con la verdad, pero sí teleológica. Esto es, dar por probado un hecho no significa afirmar que es verdadero, si no que a la luz de la información de que disponemos, puede afirmarse razonablemente que lo es. La aproximación a la verdad sigue siendo el objetivo de la prueba.²⁷

Com efeito, a função epistêmica da prova tem força eminentemente descritiva da realidade fática (BELTRÁN, 2017). Essa força descritiva somente se legitima por meio da argumentação, da demonstração argumentativa de que determinada narrativa foi confirmada (ou infirmada) por elementos de prova exteriores à própria

²⁷ Tradução livre: “A verdade absoluta não é apenas inatingível para os juízes, mas para todos. Mas isso não nos autoriza a abandonar os esforços para que nosso conhecimento da realidade seja o mais próximo possível da verdade. Como aponta Jordi Ferrer, a prova (judicial e científica) não tem conexão conceitual com a verdade, mas sim uma conexão teleológica. Isto é, tomar por certo um fato não significa afirmar que é verdade, mas que à luz da informação disponível para nós, pode ser razoavelmente declarado que é verdade. A abordagem da verdade continua sendo o objetivo da prova.”

decisão, de modo a permitir o controle de racionalidade desta. Isso remete à segunda função da prova, a função argumentativa, que, umbilicalmente ligada à primeira, será oportunamente tratada no presente trabalho.

3.2 O objeto da atividade epistêmica: narrativas sobre fatos relevantes

Certas afirmações não são passíveis de prova. Algumas, por seu conteúdo e natureza, são mesmo incompatíveis com a ideia de confirmação empírica. Com efeito, nem todas as afirmações formuladas no processo judicial (pelas partes, pelo magistrado ou por outros sujeitos processuais chamados a intervir) estão sujeitas à prova, mas somente aquelas que se referem a fatos, pois apenas estas têm pretensão de verdade (função ilocutória). Afirmações que encerram juízos de valor, que refletem mera valoração sobre os acontecimentos, não se sujeitam à prova.

Quando o autor de um determinado processo afirma, por exemplo, que o requerido conduzia veículo sem as devidas cautelas e de modo temerário, está formulando um juízo valorativo sobre a conduta do demandado. O juízo de valor sobre a conduta do motorista não pode ser provado. Provam-se, contudo, circunstâncias objetivas que podem levar àquela formulação valorativa, como, por exemplo: o veículo estava com faróis desligados, embora trafegando em autoestrada; a velocidade imprimida era incompatível com o limite estabelecido; o condutor havia ingerido bebida alcoólica antes de assumir o volante etc.

É cediço que as narrativas processuais também envolvem afirmações sobre regras jurídicas pretensamente aplicáveis ao caso, na perspectiva da sua existência, validade, eficácia e, ainda, sobre a melhor interpretação diante do caso concreto. Esta última modalidade narrativa, por envolver juízo de valor, estaria logicamente excluída da prova pelas razões anteriormente colocadas. As demais, por outro lado, ainda que se refiram a aspectos fático-jurídicos, como, por exemplo, a publicação e entrada em vigor de uma norma, sua revogação por lei posterior, sua anulação por inconstitucionalidade formalmente declarada em sede de controle concentrado, normalmente não exigirão prova. Via de regra, a parte não precisa provar a existência, vigência ou a validade da lei que invoca como incidente sobre a situação jurídica subjacente ao processo. Presume-se que o juiz e as partes conhecem o direito, de modo que tais circunstâncias não precisam ser provadas.

A controvérsia sobre o direito gravitará em torno da incidência ou não de determinada norma, da melhor interpretação possível, da compatibilidade hierárquica com as que lhe são superiores na pirâmide normativa, enfim, questões que envolvem formulação de juízos de valor. Excepcionalmente, contudo, pode-se exigir prova do teor e da vigência da norma quando não for presumível o seu conhecimento pelos demais sujeitos processuais. É o que se dá, no caso brasileiro, com o art. 376 do Código de Processo Civil de 2015, com relação ao direito municipal, estadual, estrangeiro e também o consuetudinário ²⁸.

Estabelecido que somente as afirmações sobre fatos se sujeitam à prova, ressalta dizer, contudo, que nem toda afirmação empírica deve ser objeto de prova em determinado processo, mas somente aquelas que versam sobre *fatos relevantes* para a causa. Diversamente das afirmações que encerram juízos de valor e, portanto, não podem ser submetidas à prova (qualquer que seja o processo), trata-se, agora, de afirmações sobre fatos que, em determinado caso concreto, não apresentam relevância para solução do dissenso. Na primeira situação (juízos de valor), a produção de prova acerca do conteúdo declarado é faticamente impossível. Na segunda, a produção de prova, embora possível, é dispensável por não contribuir para a resolução da questão posta no processo.

Tem-se, pois, que somente afirmações empíricas sobre fatos *relevantes para a causa* devem ser submetidas ao crivo probatório. Mas, afinal, quais seriam os fatos relevantes para o processo? Como se poderia divisar essa relevância? Tais questionamentos devem ser respondidos, mas não sem uma advertência inicial: a seleção de fatos relevantes para um determinado processo, que, portanto, devem ser submetidos à prova, passa necessariamente por um juízo reducionista da realidade. Essa redução é imprescindível para tornar viável a sua compreensão pelos sujeitos processuais. Assim, é preciso reduzir a complexidade da relação jurídica subjacente, estabelecer prismas de análise, convencionar um horizonte de referência. Como afirma Rui Cunha Martins (2013), o direito age como um redutor de complexidade.

²⁸ Art. 376. A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar.

Para Marcelo Lima Guerra (2015, 42), o estabelecimento de um “horizonte compartilhado de referência” é necessário para que se possa falar em verdade ou falsidade da representação formulada acerca dos fatos:

Agora, uma vez estabelecido o horizonte compartilhado de referência, ou seja, a situação com relação à qual se vai avaliar uma determinada representação mental de um estado de coisas diretamente perceptível, é perfeitamente possível determinar se essa representação é “saturada” ou não, ou seja, se ela ou é real ou ilusória, verdadeira ou falsa. Para tanto, tudo o que é necessário é a possibilidade – até agora dificilmente questionável – de distinguir entre percepções verazes, ilusões e alucinações.

Para os que ainda creem na possibilidade de se encontrar a *verdade absoluta* por meio do processo, é preciso alertar que, na seleção de fatos relevantes para a causa, ocorre o primeiro constrangimento da pretensão de verdade, e, por outro lado, o reconhecimento de que não se pode apreender a realidade fática em todas as suas nuances, matizes e complexidades. Certamente, aspectos que seriam relevantes para a causa deixam de ser levados em conta, pois são imperceptíveis ou incompreensíveis pelos aplicadores do direito. Essa limitação alcança inclusive (ou sobretudo?) o legislador, que, no plano abstrato, plasma na norma o seu antecedente fático. As limitações podem ser parte de um processo consciente de redução de complexidade. Nesses casos, tem-se plena ciência do que está sendo deixado para trás, porém, esse reducionismo é reconhecido como algo imprescindível para se tornar viável a aplicação da norma.

A partir de escolhas político-legislativas, algumas circunstâncias que, a princípio, seriam relevantes para a compreensão dos fatos, são tornadas juridicamente irrelevantes pelo legislador, de modo que não devem figurar como objeto de prova. A título de exemplo, pode-se utilizar, no âmbito penal, o estado de *embriaguez completa* do autor de fato delituoso. No Direito Penal nacional, a embriaguez, via de regra, não exclui a imputabilidade do agente, salvo quando decorrente de caso fortuito ou força maior ²⁹.

²⁹ Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal: I - a emoção ou a paixão; **Embriaguez** II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos. § 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. § 2º - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da

Ora, alguém duvida de que um homem com elevado grau de teor alcoólico no sangue pode se encontrar totalmente privado de entendimento quanto ao caráter ilícito de sua conduta ou da capacidade de se comportar segundo esse entendimento? Essa incapacidade de entendimento ou de autodeterminação teria como consequência (no plano jurídico-penal) a exclusão de um dos elementos do crime, qual seja, a culpabilidade. O legislador, contudo, por questões de política criminal, optou por desconsiderar o estado de embriaguez (ainda que total) com o nítido propósito de resguardar a ordem social e tutelar a segurança coletiva, salvo nas hipóteses que especifica.

Trata-se de circunstância fática perfeitamente comprovável, mas que o legislador optou por tornar juridicamente irrelevante. O objeto da prova, no tocante à consciência do agente, foi deslocado para o momento anterior à embriaguez, quando o autor do fato era livre para ingerir a bebida (ou droga) ou deixar de fazê-lo (*actio libera in causa*), ainda que não pudesse prever concretamente que viria a se envolver em atividade criminosa durante o estado de inconsciência. Com efeito, caso o consumo excessivo da substância tenha ocorrido de forma voluntária ou mesmo culposa (por imprudência, por exemplo), o crime que vier a ser praticado será imputável ao agente, pouco importa se tinha ou não consciência de estar praticando uma infração penal³⁰. Não haverá prova quanto ao seu estado de inconsciência, pois tal circunstância foi artificialmente tornada desimportante para a causa³¹.

Todo processo envolve um contexto fático que lhe é subjacente e sobre o qual incidem normas de direito material. As regras jurídicas, sejam elas cíveis ou penais, apresentam uma estrutura similar, que contém um antecedente (ou suposto fático) e um conseqüente, que, por sua vez, abriga (em potência) a eficácia jurídica que se produzirá diante da ocorrência da hipótese factual. Por isso, pode-se dizer que o direito não existe sem os fatos, pois, ainda quando a regra seja interpretada

ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Código Penal)

³⁰ Sobre a teoria da *actio libera in causa*, Francisco de Assis Toledo (1991, p. 322) leciona que “os antigos juriconsultos italianos desenvolveram os contornos jurídicos dessa teoria para solucionar problemas relacionados com fatos cometidos em estado de inconsciência (a ignorância referida por Aristóteles) provocado pela embriaguez e pelo sono.”

³¹ Em algumas hipóteses legais, a embriaguez pode acarretar exasperação da pena ou figurar como elementar do tipo penal, como se dá, por exemplo, em crime de trânsito. Nesses casos, o estado de embriaguez se converte em fato juridicamente relevante e deve ser objeto de prova.

abstratamente, demandará a suposição (ou projeção mental) da ocorrência dos fatos que dão ensejo ao conseqüente jurídico.

Desse modo, tornam-se relevantes para o processo judicial os fatos que constituem pressuposto empírico de incidência das normas aplicáveis ao caso concreto deduzido em juízo, conforme narrativas do autor e do requerido, bem como do próprio juízo, desde que devidamente submetidas ao contraditório ³². Mas não apenas tais fatos (principais) se submetem à prova, como também os chamados fatos secundários, que são aqueles que, embora não se amoldem diretamente ao antecedente da norma, podem, por juízo de inferência, conduzir ao fato principal.

Parece claro o papel epistêmico da prova no processo judicial, porquanto se trata de ferramenta imprescindível à fixação dos pressupostos fáticos de incidência da regra de decisão, que deve abranger fatos relevantes sob os prismas lógico e jurídico, com referência à causa sob julgamento. A verdade sobre as narrativas empíricas, contudo, embora seja um dos critérios de legitimação da decisão judicial, não adquire contornos absolutos, como afirma Blecaute Oliveira Silva (2015, p. 221):

A prova ingressa no processo neste contexto como questão fundamental para o estabelecimento do antecedente da norma de decisão, sendo a verdade um dos critérios, mas não o único, de legitimação do ato decisório. Esta verdade não é absoluta ou material, mas aquela suficiente a atestar de forma válida e legítima a existência do fato ou, melhor, de um argumento sobre o fato que irá funcionar como antecedente da norma de decisão a ser tomada pelo Estado-juiz.

Norteadas pelas hipóteses de incidência das normas aplicáveis ao caso deduzido em juízo, as partes exercem importante papel na seleção dos fatos relevantes da causa, ao construírem suas narrativas e submeterem-nas ao julgador. Construir enunciados empíricos é justamente selecionar fatos relevantes, seja porque figuram como hipótese de incidência da norma (fato principal), seja porque, apesar de não comporem tal hipótese legal, são capazes de (uma vez provados) conduzir ao fato principal, por inferência.

A esse respeito, Michele Taruffo leciona (2015, p. 45) :

Ante todo, puede ablarse de construcción selectiva para hacer referencia al hecho de que cualquiera que formule un enunciado fáctico debe realizar una

³² Nesse ponto, vale destacar avanço legislativo nacional com a edição do Código de Processo Civil de 2015 que, em atenção ao contraditório substancial, como poder de influência das partes sobre a construção do provimento final, dispõe, no seu art. 10: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

serie de elecciones mediante las que excluye todo lo que no interessa incluir en el enunciado (en esse momento o a los efectos de las finalidades por las que es formulado), es decir, una infinita variedad de circunstancias, y expresa únicamente aquello que se considera relevante, esto es, pocas circunstancias y posiblemente simples. Esto es así frente a la infinita complejidad de la realidad y a su infinita descomponibilidad, frente a la infinita pluralidad de puntos de vista desde los que cualquier circunstancia puede ser observada, que, a su vez, produce lo que Susan Haack entiende como pluralidad descripciones verdaderas de la realidad ³³.

Mais adiante, ao reforçar a existência de fatos principais e secundários, ambos relevantes para o processo, pontua o jurista:

Así, entre las innumerables posibles descripciones de aquel hecho, se selecciona aquélla que permite que el hecho sea jurídicamente cualificado según la norma aplicable (se habla de hechos jurídicos, principales, constitutivos, materiales, etc.). La relevancia lógica caracteriza aquellos hechos que no son jurídicamente calificados por norma alguna, pelo que, sin embargo, pueden entrar en el proceso en la medida en que a través de su conocimiento se pueden extraer conclusiones útiles para demostrar la verdad o falsedad de um hecho jurídicamente calificado³⁴. (TARUFFO, 2015, p. 46).

Imagine-se, a título ilustrativo, uma ação cível que busca a reparação de danos supostamente causados pelo requerido “X” ao requerente “Y”, pois, segundo argumenta o autor na petição inicial, o primeiro, na condução de determinado veículo automotor, teria causado uma colisão, da qual resultaram danos patrimoniais para o segundo. Supondo-se que o fato ocorreu no Brasil e que a ação tramita em terras tupiniquins, incidiria, na espécie, a norma inserta no art. 186 do Código Civil nacional, que fixa como antecedentes fáticos (hipótese) da responsabilidade civil (consequente jurídico), os seguintes³⁵: a) conduta (ato humano finalístico); b) elemento subjetivo

³³ Tradução livre: “Em primeiro lugar, pode-se falar de construção seletiva para se referir ao fato de que qualquer um que formule um enunciado fático deve realizar uma série de escolhas através das quais exclui tudo o que não é interessante incluir no enunciado (neste momento ou para os propósitos pelos quais o formulou), isto é, uma infinita variedade de circunstâncias, e expressa apenas o que é considerado relevante, isto é, poucas circunstâncias e possivelmente simples. Isto é assim diante da infinita complexidade da realidade e sua infinita decomponibilidade, em face da pluralidade infinita de pontos de vista a partir dos quais qualquer circunstância pode ser observada, que, por sua vez, produz o que Susan Haack entende como pluralidade das descrições verdadeiras da realidade.”

³⁴ Tradução livre: “Assim, dentre as inúmeras descrições possíveis do fato, seleciona-se aquela que permite que o fato seja jurídicamente qualificado de acordo com a norma aplicável (se fala de fatos jurídicos, principais, constitutivos, materiais, etc.). A relevância lógica caracteriza aqueles fatos que não são jurídicamente qualificados por nenhuma regra, pelo que, sem embargo, podem entrar no processo na medida em que através de seu conhecimento podem ser tiradas conclusões úteis para demonstrar a verdade ou falsidade de um fato jurídicamente qualificado.”

³⁵ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito

(intenção de causar resultado lesivo, negligência, imprudência ou imperícia); c) resultado lesivo; d) nexa causal entre a conduta e o resultado.

No exemplo proposto, o debate processual e a prova teriam como objeto, a *priori*, além daqueles elementos fáticos declinados, contidos no antecedente da norma, os que eventualmente fossem alegados pelo demandado como modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do autor. Mas isso não é tudo. Fatos secundários poderiam surgir com capacidade para confirmar ou infirmar a ocorrência de fatos principais. Suponha-se que uma testemunha afirmasse que somente o requerido “X” tinha acesso à chave do veículo, pois esta era guardada em um cofre protegido com dispositivo de identificação biométrica facial. Esse fato, inteiramente novo, surgido da narrativa de uma testemunha (ou seja, não posto por qualquer das partes), tornar-se-ia relevante para o julgamento da causa, pois teria aptidão para reforçar a ocorrência do primeiro fato principal (conduta).

Obviamente, a existência de um cofre com fechadura biométrica não é pressuposto fático de incidência da norma que trata da responsabilidade civil, sequer foi aventada pelas partes, mas, trazido por uma testemunha, seria capaz de reforçar por inferência a conclusão de que o demandado realmente era a pessoa que conduzia o veículo no momento do abaloamento.

Os fatos tidos como secundários não gozam, a princípio, de relevância jurídica, pois não constituem *fattispecie* para incidência de qualquer norma jurídica positiva. Por outro lado, no plano lógico, sua relevância é inegável, por todas as razões aqui já expostas. Em trabalho publicado acerca da prova indiciária no âmbito processual penal, voltada justamente para os fatos secundários que, por inferência, conduzem aos fatos principais, Patrícia Silva Pereira (2016, *ePub*) traz o seguinte esclarecimento, válido para além das ciências criminais:

A relevância jurídica deriva da qualificação do facto segundo a norma que se considera aplicável para a decisão, esta formulação permitirá, então, falar de factos jurídicos, constitutivos, materiais, etc. Já a relevância lógica caracteriza aqueles factos que não são relevantes em função da norma aplicável, mas que, não obstante, podem ser incluídos no processo, na medida em que do seu conhecimento pode derivar alguma conclusão útil para a determinação da verdade, ou falsidade, de um facto juridicamente qualificado.

Mais adiante, acerca dos fatos secundários, a jurista arremata ao afirmar que *“De um modo simplista, podemos afirmar que estes são factos que, não contendo em*

si mesmos uma consequência jurídica, fundamentam inferências lógicas úteis sobre os factos juridicamente relevantes.” (PEREIRA, 2016, ePub).

Na mesma linha, Jerzy Wróblewski (1992, p. 137-138) afirma que entre os fatos relevantes para a causa há aqueles que, a despeito de não serem destacados pelo legislador, estão ligados aos “fatos da causa” e são capazes de influenciar a construção da decisão final:

Among the facts relevant for a case there are facts which are not singled out in LL and, therefore, their names in Lf cannot be translated into names of the vocabulary of LL. These facts are linked with the facts of the case because they influence (or should influence) the final judicial decision, e.g., facts stated in terms of highly specialised areas of science or technology which could (or should) be used in proving a fact of the case, or facts relevant to judicial evaluation where that is called for in decision-making³⁶.

Interessante notar que os fatos secundários não se submetem ao princípio da demanda, que impõe limite horizontal de cognição ao julgador, restringindo o seu conhecimento à matéria fática alegada pelas partes. Isso porque seria humanamente impossível prever todas as nuances que circundam os fatos relevantes da causa, delimitando-as a priori. Exige-se, em uma perspectiva lógico-jurídica, que o fato secundário tenha pertinência com o principal, de modo que o segundo possa ser inferido a partir do primeiro.

No exemplo proposto acima, o fato secundário poderia ser diverso e, ao invés de confirmar, infirmar a tese autoral. Suponha-se que no decorrer do processo surgisse a informação de que haveria um veículo com as mesmas características, inclusive os mesmos sinais identificadores do automóvel do requerido, ou seja, um “clone” veicular. Enquanto no primeiro caso o fato secundário serve de reforço (*backing*) ao argumento do autor, na segunda hipótese teria efeito contrário, ou seja, atuaria como refutação à regra de inferência, conforme o *layout* argumentativo de Stephen Toulmin (2006), que será mais bem analisado quando se for tratar da função argumentativa da prova.

Sem a devida clareza na definição dos fatos relevantes para fins de prova, a atividade probatória poderia se converter em um emaranhado ilógico de enunciados

³⁶ Tradução livre: “Entre os fatos relevantes para um caso, há fatos que não são destacados em LL [linguagem legal] e, portanto, seus nomes em Lf não podem ser traduzidos em nomes do vocabulário de LL. Estes fatos estão relacionados com os fatos do caso porque eles influenciam (ou devem influenciar) a decisão judicial final, por exemplo, fatos declarados em termos de áreas altamente especializadas de ciência ou tecnologia que poderiam (ou deveriam) ser usadas para provar um fato de caso, ou fatos relevantes para a avaliação judicial, quando tal seja exigido no processo de decisão.”

empíricos, sem qualquer racionalidade ou cientificidade ³⁷. Sobre a questão, mais uma vez, Michele Taruffo (2016, p. 61):

Há todavia, na definição dos fatos da causa alguns aspectos que merecem ser levados em consideração. Primeiramente, os fatos são selecionados e definidos com base em sua relevância na controvérsia. As circunstâncias irrelevantes não são levadas em conta, quando se trata de estabelecer quais fatos devem ser provados. O critério para valorar a relevância tem dois aspectos. Um fato é *juridicamente relevante* (no jargão estadunidense: *material*) quando corresponde ao tipo de fato definido pela regra jurídica (escrita ou fundada em precedentes) considerada como possível base jurídica para a decisão. As normas definem fatos-tipo, e os fatos específicos são relevantes (como *fact-tokens*) quando correspondem a esses fatos-tipo.

A distinção entre enunciados relevantes (sobre fatos principais e secundários), que devem ser provados, e enunciados sem relevância para o deslinde da causa; bem como a identificação de narrativas empíricas, distinguindo-as das meramente valorativas (logo, não sujeitas à prova), não é atividade intelectual das mais simples e óbvias diante das diversas situações concretas. É que, como dito anteriormente, nem toda narrativa está sujeita à demonstração, mas somente aquelas que se referem a fatos (relevantes). A dificuldade encontra-se na circunstância de que as narrativas (empíricas) são permeadas de (ou contaminadas por) conteúdo valorativo, o que é quase inevitável no ambiente discursivo processual. Faz-se necessário, portanto, distinguir o que é descrição de fato, daquilo que é juízo de valor no contexto posto.

Todavia, seria preciso ter sempre presente que os enunciados descritivos são *apofânicos* (ou seja, verdadeiros ou falsos) e, portanto, pode-se provar sua veracidade ou falsidade. Os enunciados que exprimem juízos de valor são *não apofânicos*: podem ser compartilhados e justificados, ou criticados e rejeitados, mas não se pode provar sua veracidade ou falsidade. Em termos jurídicos e processuais isso significa que somente os enunciados que descrevem fatos (ou seja, somente as partes fáticas de uma narrativa) podem ser objeto de prova, ao passo que os enunciados valorativos (ou seja, os aspectos valorativos de uma narrativa) não podem ser objeto de prova. (TARUFFO, 2016, p. 76).

A função epistêmica da prova pode ser ainda mais complexa quando o fato relevante (a ser provado) envolve elementos empíricos que integram realidades culturais ou institucionais complexas. Não raro, a prova diz respeito a aspectos culturais e à sua influência sobre o estado psíquico dos envolvidos na relação jurídica subjacente ao processo. As limitações culturais, como parece óbvio, influenciam a compreensão dos fatos da vida. Em alguns casos, contudo, o “filtro” cultural constitui,

³⁷ Sobre o marco da cientificidade do processo judicial, ler: Castillo (1947). Nessa obra, o jurista demonstra como *Klein* (ministro da justiça austríaco durante a segunda metade do século XIX) aprovou reformas em matéria processual que modificariam o modo de se enxergar o processo na Europa continental e no mundo.

em si, o objeto a ser provado. Nesses casos, as partes e o julgador precisam aprofundar o exame do contexto sociocultural em que se deram os fatos empíricos relevantes. É que esse contexto pode explicar certas posturas dos indivíduos que, a princípio, em outro ambiente cultural, seriam injustificáveis e não merecedoras de tutela jurídica alguma. A crença nos poderes de um vidente ou de um xamã, por exemplo, pode ser justificável em culturas de povos tradicionais, embora inaceitável (pelo menos, via de regra) nos centros urbanos modernos. Em outros termos, a limitação epistêmica das partes não condiciona a verdade, mas pode ser ela própria objeto de prova, independentemente de ser verdadeiro ou falso aquilo em que se crê.

A crença nos poderes sobrenaturais de um místico não os torna reais, contudo, no contexto de determinada cultura, pode surtir efeitos jurídicos como se fosse legítimo esperar que tais poderes fossem eficazes. Um caso interessante é narrado por César Higa e Pamela Pamela Lastres (2016), sobre uma senhora peruana (dona Zea) que teria contratado os “serviços sobrenaturais” de certo senhor Eduardo Lino (“Dom Lino”), com o propósito de obter de volta o grande amor da sua vida, em curto espaço de tempo. Passados alguns meses da avença e não obtida a satisfação de sua expectativa, Zea pleiteou em juízo o ressarcimento de quantias pagas pelo “trabalho” contratado.

A princípio, se poderia dizer que o direito não socorre os tolos, pois não seria lícito confiar seriamente que o resultado prometido por “Dom Lino” se concretizaria. Porém, a senhora Zea provinha de uma região mística do Peru, em que a crença nos xamãs é culturalmente forte, o que daria outro contorno jurídico ao caso (HIGA; LASTRES, 2016, *ePub*). Aqui, o grau de influência cultural sobre a suposta vítima do golpe (e o conhecimento do embusteiro sobre essa fragilidade da ofendida) passa a constituir fato relevante para o processo e, conseqüentemente, constituiriam objeto de prova.

Outrossim, não se pode olvidar que há situações em que o legislador deliberadamente inclui elementos valorativos entre os pressupostos fáticos de incidência da regra jurídica (BELTRÁN, 2017). É o que ocorre, por exemplo, com expressões do tipo: “honestidade”, “probidade”, “relevante valor moral”, “relevante valor social”, entre outros termos que remetem a valores morais vigentes em determinado meio social, em determinada época.

Nesses casos, o legislador descreve o fato, porém, adiciona-lhe qualificativos (v.g.: grave, relevante, reprovável etc.) que exigem valoração, de modo que a simples ocorrência do fato não será capaz de ensejar a incidência da norma. Impõe-se uma análise complexa do suposto fático, realizada em dois momentos: primeiramente, verifica-se se o fato objetivamente descrito ocorreu; após, deve-se analisar se (da forma como se sucedeu o fato) é possível lhe atribuir o qualificativo (valorativo) contido no texto. Saliente-se que somente o fato (ou melhor, a narrativa do fato), que constitui base empírica da valoração, será objeto de prova. A valoração não pode ser provada, mas deve ser feita de acordo com parâmetros valorativos aceitáveis, devidamente justificados na fundamentação.

Sobre o tema, leciona Taruffo (2005, p. 129) :

En casos como éstos, decir que existe el hecho al que la norma atribuye determinadas consecuencias jurídicas significa realizar una enunciación compleja, ya que, en realidad, está formada de dos enunciaciones: una de ellas afirma que el hecho ha ocurrido, la otra, que ese hecho tiene un cierto valor según un apropiado criterio de valoración. Así, por ejemplo, una afirma que se ha producido un cierto daño, y otra que ese daño es grave ³⁸.

Deve-se salientar que, nesses casos, o juiz não recebe um “cheque em branco” do legislador para preencher o conteúdo da norma com a sua pauta pessoal de valores, sem justificar da forma mais objetiva possível o sentido atribuído aos elementos valorativos do texto. Nesses casos, deve o magistrado justificar a presença ou a ausência de tais pressupostos de incidência a partir da prova produzida (sobre os fatos) e da qualificação valorativa comumente atribuída pela sociedade aos eventos considerados provados. É preciso reconhecer, contudo, a extrema dificuldade de se garantir objetividade e segurança jurídica na aplicação desse modelo de regras, especialmente quando a lei utiliza conceitos jurídicos indeterminados.

Sobre os fatos relevantes, cuja determinação depende de análise valorativa do aplicador da norma (*facts determined evaluatively*), Jerzy Wróblewski (1992, p. 140/141) adverte para o risco de se conferir excessiva discricionariedade ou até mesmo “completa liberdade” ao julgador, caso se admita que essa valoração pode ser feita introspectivamente:

³⁸ Tradução livre: “Em casos como esses, dizer que existe o fato para o qual a norma atribui certa consequência jurídica significa fazer uma afirmação complexa, pois, de fato, ela é composta de duas afirmações: uma delas afirma que o fato ocorreu, a outra, que este fato tem um certo valor de acordo com um critério de avaliação apropriado. Assim, por exemplo, um afirma que houve algum dano e outro que o dano é grave.”

Within the noncognitivist framework, a non-relativised evaluative statement "x has value v" is treated as an expression of evaluative feelings of the subject, but is not equivalent with an introspective statement of the judge "I feel: X has value V". An acceptance of this equivalence would result in far-reaching consequences for the ideology of judicial application of law, implying autonomy or indeed complete freedom of judicial evaluations³⁹.

Por outro lado, para ilustrar a hipótese (excepcional) em que, mesmo diante da existência de elementos valorativos relevantes para a incidência da norma, a subjetividade é praticamente nula, vale o registro de entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em que o parâmetro valorativo foi buscado no próprio ordenamento jurídico. Trata-se da aplicação do princípio de insignificância penal (ou da “bagatela jurídica”) ao crime de descaminho (previsto no art. 334 do Código Penal brasileiro), cuja consequência é a atipicidade material da conduta.

A aplicação desse princípio aos crimes em geral é marcada pela dificuldade de se demonstrar a ocorrência dos seus pressupostos valorativos, fixados pela doutrina e pela jurisprudência, quais sejam: mínima ofensividade da conduta do agente, falta de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão ao bem jurídico (resultado lesivo insignificante).

No tocante ao crime de descaminho, contudo, precisamente no que respeita ao último pressuposto supra, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal encontrou parâmetro de valoração no próprio ordenamento jurídico. Trata-se da situação em que o valor do tributo que se deixou de recolher com a prática delituosa não alcança o patamar que a própria União (sujeito passivo imediato do crime) estabeleceu (por meio de portaria) como piso para o ajuizamento do executivo fiscal.

Com efeito, prevaleceu o entendimento espostado pelo relator, Min. Roberto Barroso, no sentido de acolher a tese de atipicidade material da conduta, de cujo voto foi extraído o seguinte excerto:

No caso, a autoridade impetrada afastou a aplicação do princípio da insignificância pelo fundamento de que o valor de R\$ 17.755,22 (dezessete mil, setecentos e cinquenta e cinco reais e vinte e dois centavos) ultrapassaria aquele estabelecido pela legislação de regência para o arquivamento a execução fiscal (R\$ 10.000,00). Ocorre que, por meio da Portaria 75, do Ministério da Fazenda, definiu-se o valor de R\$ 20.000,00 como novo

³⁹ Tradução livre: “Dentro da estrutura não cognitivista, uma afirmação avaliativa não relativizada “x tem valor v” é tratada como uma expressão de sentimentos avaliativos sobre o objeto, mas não é equivalente a uma declaração introspectiva do julgador “eu sinto: x tem valor v.” Uma aceitação desta equivalência resultaria em consequências muito amplas para a incidência da ideologia da aplicação do direito, implicando autonomia ou mesmo completa liberdade da avaliação judicial.”

parâmetro para a atuação da Procuradoria da Fazenda Nacional e para o arquivamento das pretensões de natureza fiscal.

Nessas condições, consideradas as diretrizes até então utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal na análise da tipicidade de condutas que envolvem a importação irregular de mercadorias, não há como deixar de reconhecer a atipicidade dos fatos imputados ao paciente. Notadamente se se considerar que eventual desconforto com a via utilizada pelo Estado-Administração para regular a sua atuação fiscal não é razão para a exacerbação do poder punitivo. (HC 120096, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 11/02/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-067 DIVULG 03-04-2014 PUBLIC 04-04-2014)

Feitas essas considerações, tem-se que o desafio enfrentado pela função epistêmica da prova não se esgota em identificar aquilo que está sujeito à demonstração e, conseqüentemente, pode ser objeto da prova. Na verdade, esse é o início da reconstrução dos fatos. Há um longo caminho a ser percorrido, que passa pela escolha do meio de prova adequado para determinado fato⁴⁰ (prova-meio) e por cuidados específicos na produção da prova⁴¹ (prova-atividade) para que se chegue, finalmente, à *prova-resultado*. Como restou esclarecido na introdução do presente trabalho, o corte epistemológico realizado não permite aprofundamento sobre os meios de prova e a sua técnica de produção. Nos próximos tópicos, a atenção estará voltada para o resultado da atividade probatória.

3.3 Graus de confirmação das narrativas empíricas: os estândaes de prova

Até aqui se tratou de definir o objeto sobre o qual deve recair a prova. Feito isso, e considerando o corte epistemológico realizado no presente trabalho, que dá primazia à concepção de prova como resultado da atividade cognitiva, parte-se em busca de resposta para uma questão de suma relevância no contexto da prova: *quando se pode dizer que algo está provado?*

⁴⁰ Casos que envolvem questões de elevada indagação técnica, como, por exemplo, um erro médico, demandam produção de prova pericial especializada. Por outro lado, eventos que não deixam vestígios materiais, via de regra, não devem ser objeto de prova técnica, mas podem ser provados mediante depoimento de pessoas desinteressadas na causa. A seleção dos meios de prova adequados é atividade do juiz em conjunto com as partes, na fase de saneamento do processo.

⁴¹ Diversas providências precisam ser adotadas pelos sujeitos processuais antes, durante e após a produção da prova, para que a atividade probatória seja eficiente e isenta de vícios, por exemplo: na prova pericial: oportunizar a impugnação da nomeação do perito juízo; facultar a indicação de assistentes técnicos e a formulação de quesitos, bem como a manifestação sobre o laudo apresentado pelo experto; na prova testemunhal: apresentação de rol com qualificação das testemunhas, de modo a oportunizar eventual contradita; cuidar para que as testemunhas que ainda irão depor não conheçam o teor do depoimento prestado pelas demais; evitar indagações inúteis, repetidas ou que suscitem juízo de valor por parte da testemunha; realizar acareação quando houver contradição entre testemunhas sobre fato relevante etc.

Antes de responder a essa pergunta, é preciso contextualizar o processo judicial (cível ou criminal) e as limitações que lhe são impostas no campo probatório. São de várias ordens essas restrições, pois o processo não é exclusivamente (talvez, nem prioritariamente) uma ferramenta epistêmica. Dessa premissa decorrem consequências relevantes para o estudo do tema. O processo, enquanto procedimento em contraditório (FAZZALARI, 2006), é vocacionado a um provimento final, que, no caso do processo judicial, será uma sentença que ponha fim a determinada controvérsia. As incertezas sobre os fatos relevantes da causa, que são o pressuposto de incidência do consequente jurídico da norma aplicável, não podem se prolongar indefinidamente no tempo. É necessário que haja algum constrangimento temporal à atuação jurisdicional.

Diversamente do que ocorre no campo acadêmico, ao processo judicial se impõe uma solução com caráter de definitividade para o caso *sub judice*, ainda que as conclusões ali adotadas não vinculem a jurisdição para casos futuros, que podem ampliar o universo de discussão da matéria, ensejando, quiçá, decisões em sentido contrário, pelo mesmo órgão judicial ⁴². Na academia, o espaço-tempo da discussão não conhece tais limites ou, se os conhece, confere a eles outra dimensão.

As peculiaridades da ação cognitiva no âmbito processual não são suficientes para que se possa falar em um ramo distinto da epistemologia, embora seja inegável que a atividade epistêmica desenvolvida no processo sofra constrangimentos específicos e bem diversos dos que se fazem presentes em outras searas, não pela essência da atividade epistêmica (que subjaz inalterada), mas pela peculiaridade do seu manejo no âmbito jurídico. Susan Haack (2014, p. 6) ⁴³ reconhece a existência de especificidades, porém, refuta a existência de um ramo especializado da epistemologia: “*And what, exactly, do I mean by “legal epistemology” or “epistemology*

⁴² Como salienta Nagibe de Melo Jorge Neto (2017, p. 201), à luz da Teoria da ação comunicativa de Habermas, o discurso acerca da matéria decidida não se encerra com a sentença proferida nos autos, senão para o caso julgado. O debate quanto à interpretação mais adequada do direito amplia-se, expande-se para fora do processo, “a partir de sucessivos discursos, consensos mais ou menos amplos são formados na comunidade jurídica e na sociedade como um todo acerca da melhor interpretação do Direito”. Sobre o amplo universo de intérpretes, vale conferir a leitura de Peter Häberle (2002), demonstra como as diversas corporações e indivíduos que vivenciam a Constituição podem figurar como intérpretes indiretos do seu texto, por influenciarem, com as suas práticas, a interpretação das Cortes constitucionais.

⁴³ Tradução livre: “E o que, exatamente, quero dizer com “epistemologia jurídica” ou “epistemologia juridicizada”? Essas frases não se referem a um gênero peculiar e especializado de epistemologia, mas simplesmente a um trabalho epistemológico relevante para questões que surgem no Direito.”

legalized”? These phrases refer, not to a specialized, peculiar genre of epistemology, but simply to epistemological work relevant to issues that arise in the law.” ⁴⁴

A necessidade de encerramento dos casos sob julgamento dentro de espaço temporal incompatível com o volume de demanda e com a diminuta estrutura da maioria das unidades judiciárias (conforme metas estabelecidas por órgãos dotados de poder regulamentar e de correição judicial) não é o único ou o mais relevante constrangimento que há sobre a “investigação” da verdade no processo. Existem regras processuais que limitam a prova com o intuito de preservar valores não relacionados com a busca da verdade. Outras vezes, o legislador impõe restrição à admissão de prova justamente para assegurar que o descobrimento da verdade não seja prejudicado pela produção de prova irrelevante, desnecessária, contraproducente ou inadequada com relação ao fato que se quer provar.

Nos países de *common law* é comum a distinção entre *exclusionaries rules* fundadas, de um lado, em *extrinsic policys* e, de outro, fundadas em *intrinsic policys*. As *exclusionary rules of extrinsic policy* são regras que afastam elementos dotados de valor probatório, para salvaguardar outros valores não conexos com a busca da verdade; as *exclusionary rules of intrinsic policy* são entendidas como “as regras de exclusão de provas ditadas pelo interesse de uma correta apuração da verdade”. (BADARÓ, 2018, p. 58-59).

Na perspectiva da *exclusionary rules of intrinsic policy*, o direito positivo brasileiro preconiza o momento processual do saneamento (art. 357, I a IV, Código de Processo Civil de 2015) ⁴⁵, em que o magistrado, em conjunto com as partes ou a

⁴⁴ Vale registrar o entendimento contrário, segundo o qual as peculiaridades da Epistemologia jurídica justificam o reconhecimento de um ramo específico da Epistemologia clássica. Déirdre Dwyer (2008, p. 21-22) destaca pelo menos quatro pontos que, sob a sua ótica, justificariam essa distinção: “*There are at least four facets of legal fact finding that are distinctive enough to warrant describing legal epistemology as a special form of epistemology, related to but distinct from classical epistemology. These are considered in the subsections below. In summary, the first facet is that while classical epistemology is concerned with how individuals develop justified beliefs, legal epistemology is concerned with the collaborative formation of the same. The second is that the court’s justified beliefs affect more than just the conduct of the court, and so represent a special form of practical reasoning. The third is that the courts are subject to rules, which vary from jurisdiction to jurisdiction, about what evidence they can consider, and what significance they may (or in some cases must) attach to certain types of evidence. The fourth facet is the nature of the special relationship between legal process and truth, and the way in which the relationship between truth and justification may be more carefully defined in a legal context than in most social contexts.*”

⁴⁵ Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: I - resolver as questões processuais pendentes, se houver; II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373; IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito; V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

partir do que ambas alegaram no processo, deverá, dentre outras providências, delimitar as questões controvertidas (controvérsia sobre os fatos relevantes da causa) e determinar os meios de prova a serem produzidos para solucionar tal controvérsia.

Controvérsias irrelevantes para o deslinde da causa não devem ser consideradas pelo magistrado para fins de produção de prova. É o que ocorre com certa frequência, por exemplo, em ações de divórcio ou de dissolução de união estável, em que as partes tencionam discutir a culpa pelo fim do relacionamento, sem que isso tenha qualquer relevância para a dissolução do vínculo (já que é direito potestativo) e para a partilha dos bens, que integram a pretensão. Por mais que se reconheça a necessidade psicológica e emocional de se discutir as razões que levaram os consortes a porem fim ao vínculo, o processo não é a seara adequada para isso, já que essas razões são juridicamente irrelevantes ⁴⁶.

No tocante à *exclusionary rules of extrinsic policy*, o estabelecimento da verdade acerca dos fatos relevantes da causa (ou, para ser mais preciso, acerca das narrativas fáticas) não é o único (ou mesmo o primordial) valor em jogo no processo judicial. O ordenamento jurídico tutela direitos fundamentais que, quando em colisão com a “investigação” (*enquiry*) dos fatos, podem (e devem) prevalecer, o que justifica a edição de normas que Taruffo (2016) denomina “contraepistêmicas”, por aniquilarem ou mitigarem a cognição.

Sobre a tensão existente entre a função epistêmica da prova e outros interesses tutelados pelo ordenamento jurídico, leciona o mestre italiano:

“É, por conseguinte, evidente que em todas as situações consideradas surgem problemas delicados e complexos de tensão e de balanço entre valores em conflito: o da descoberta e da apuração da verdade sobre os fatos da causa, e que às vezes é tutelado através da previsão de uma faculdade de não testemunhar. Um processo rigorosamente orientado no sentido da descoberta da verdade não deveria incluir qualquer norma que eliminasse a prova de fatos relevantes com o escopo de tutelar um sigilo, mas isso equivaleria a reduzir a zero a proteção dos interesses que normas desse gênero visam a realizar.” (TARUFFO, 2016, p. 179).

A busca desenfreada pelo estabelecimento da verdade enquanto valor supremo, de fato, terminaria por solapar as garantias processuais da partes, além de outros direitos fundamentais, como, por exemplo, a intimidade e a vida privada. Tudo

⁴⁶ Saliente-se que a culpa pelo fim do relacionamento conjugal ainda goza de alguma importância em situações específicas, como a prevista no art. 1.704, parágrafo único, do Código Civil nacional, relativamente à prestação de alimentos ao ex-cônjuge que deles necessite.

em nome da verdade! Calorosos debates foram travados, especialmente no campo do processo penal, acerca da aceitabilidade de provas produzidas com violação a regras de direito material que tutelam direitos fundamentais das partes, sob o argumento da proporcionalidade da medida ante o caso concreto. Em linhas gerais, a jurisprudência nacional tem invalidado as provas obtidas por meios ilícitos, mesmo quando elas se apresentam como único (ou mais eficaz) meio de esclarecer as questões fáticas subjacentes. E mais, as provas derivadas daquelas que foram produzidas ilicitamente, que não poderiam ser obtidas por outro meio, contaminam-se pela ilicitude da matriz e são consideradas igualmente inválidas.

A Constituição Federal brasileira, em seu art. 5º, LVI, expressamente preconiza serem “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. No campo processual penal, a matéria encontra-se disciplinada pelo art. 157, §§1º e 2º, do Código de Processo Penal. A redação original do dispositivo, que previa a formação do convencimento do juiz pela “livre apreciação da prova”, foi substituída pela seguinte, com a edição da Lei nº 11.690/2008, mais técnica e adequada à Constituição:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

Essas restrições à função epistêmica da prova, que levam em consideração a tutela de outros valores constitucionais, representam inegável avanço humanitário, plasmam o reconhecimento formal de que o processo não é (apenas) um instrumento através do qual o Estado exerce sua jurisdição, mas é, antes de tudo, um meio de garantia de direitos, inclusive processuais, e de proteção dos indivíduos contra a atuação do Estado e dos demais sujeitos, que deverão se submeter ao jogo

processual democrático para terem satisfeita a pretensão decorrente de um direito (alegadamente) violado.

Após mencionar algumas “barreiras” impostas pelo próprio ordenamento jurídico ao descobrimento da verdade, Karl Larenz (1980, p. 303) justifica a necessidade de tais limitações, que decorreria do ajustamento dessa busca (pela verdade) a outros valores tidos como mais relevantes para o convívio social:

*Estas barreras al hallazgo judicial de la verdad sirven a la protección de otros bienes jurídicos reconocidos preeminentes, en especial de los derechos irrenunciables del inculpado a la personalidad y de los intereses de un tercero dignos de protección. El hallazgo de la verdad es, por cierto, un fin muy importante del Derecho procesal, pero no su fin único. Como todo fin jurídico, puede, en cierta medida, tener que situarse detrás de otros fines jurídicos aún mas importantes*⁴⁷.

No mesmo sentido, Marina Abellán (2006, p. 54) defende que a limitação da atividade epistêmica é ditada pela necessidade de proteção de “valores ideológicos”:

*Por otro lado, los ordenamientos jurídicos tienen que preservar también determinados valores ideológicos . Se trata más exactamente de valores extraprocesales que se consideran relevantes (el interés público, la privacidad de ciertas relaciones, la dignidad humana, los derechos y libertades fundamentales) y justamente para preservarlos se instituyen en el proceso algunas reglas. La mayoría de ellas son limitaciones o prohibiciones probatorias, es decir, reglas que impiden o limitan el uso de ciertas fuentes y/o medios de prueba y/o suprimen o limitan la eficacia de la información aportada por ellas. Reglas portanto que, enderezándose primariamente a la tutela de los comentados valores, los hacen prevalecer frente a las exigencias procesales de averguación de la verdad.*⁴⁸

Mesmo após as revoluções liberais do século XVIII, com o surgimento do Estado de Direito e das declarações de direitos fundamentais nos Estados Unidos da América e na França, ainda subsistiu o paradigma do interesse público na apuração da verdade como valor preponderante, sobrepondo-se a função persecutória àqueles direitos declarados, o que somente começou a mudar no século XX, após as grandes

⁴⁷ Tradução livre: “Essas barreiras ao descobrimento judicial da verdade servem para proteger outros direitos juridicamente reconhecidos como proeminentes, especialmente os direitos inalienáveis do réu à personalidade e os interesses de um terceiro digno de proteção. A constatação da verdade é, evidentemente, um fim muito importante do direito processual, mas não seu único objetivo. Como qualquer finalidade legal, ela pode, até certo ponto, ser preterida por outros propósitos legais ainda mais importantes.”

⁴⁸ Tradução livre: “Por outro lado, os sistemas legais também devem preservar certos valores ideológicos. É mais exatamente sobre os valores extraprocessuais que são considerados relevantes (o interesse público, a privacidade de certos relacionamentos, a dignidade humana, os direitos e liberdades fundamentais) e, apenas para preservá-los, algumas regras são instituídas no processo. A maioria deles são limitações ou proibições probatórias, isto é, regras que impedem ou limitam o uso de certas fontes e / ou meios de prova e / ou suprimem ou limitam a eficácia das informações fornecidas por eles. Regras para que, destinando-se principalmente à tutela dos valores em comento, façam-nos prevalecer sobre os requisitos procedimentais da averiguação da verdade.”

guerras mundiais e o fortalecimento contínuo e paulatino da democracia, como reação ao terror da Segunda Guerra.

Como salienta André Vasconcelos Roque (2015, p. 346),

De fato, vivia-se o dogma da infalibilidade da razão e o mito da neutralidade do julgador, motivo pelo qual não se justificava retirar do juiz a possibilidade de apreciar todos os fatos juridicamente relevantes no processo, ainda que com algum prejuízo aos direitos fundamentais em jogo. Embora a sociedade já não tolerasse a produção de provas que ofendessem a integridade física e moral, os sistemas jurídicos da época ainda não haviam estabelecido proibições à sua admissão no processo.

Foi somente com a Segunda Guerra Mundial e o horror trazido pelos regimes políticos totalitários que o quadro começou a se alterar de forma radical.”

Em diversas ocasiões, os tribunais nacionais tiveram oportunidade de apreciar o uso indevido de provas ilícitas, afastando-as dos autos, bem como as que delas são derivadas. Para ilustrar o entendimento preponderante nas Cortes brasileiras sobre o tema, calha transcrever, entre várias, a seguinte ementa do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. RECURSO ESPECIAL. ILICITUDE DA PROVA. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO. MOVIMENTAÇÕES FINANCEIRAS REPASSADAS DIRETAMENTE AO MINISTÉRIO PÚBLICO PELA EMPRESA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. FONTE INDEPENDENTE DE PROVA E DESCOBERTA INEVITÁVEL. NÃO OCORRÊNCIA. DEPENDÊNCIA CAUSAL E CRONOLÓGICA DA PROVA ILÍCITA. NULIDADE RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO. 1. No caso, a abertura de inquérito policial com a posterior quebra do sigilo bancário deu-se mediante a propositura de notícia criminis pela empresa vítima com base em documento apócrifo, que continha extratos bancários da recorrente obtidos sem autorização judicial, que demonstrariam movimentações não condizentes com a remuneração percebida no exercício da sua atividade laboral junto a respectiva pessoa jurídica. 2. **A devassa nas contas da investigada com a posterior utilização na esfera penal de dados sigilosos, obtidos diretamente pela empresa vítima, sem a imprescindível autorização judicial prévia, configura nulidade da prova, na medida em que obtida por meio de ilícita quebra do sigilo bancário.** 3. A teoria dos frutos da árvore envenenada (fruits of the poisonous tree) e a doutrina da fonte independente (independent source doctrine) são provenientes do mesmo berço, o direito norte-americano. Enquanto a primeira estabelece a contaminação das provas que sejam derivadas de evidências ilícitas, a segunda institui uma limitação à primeira, nos casos em que não há uma relação de subordinação causal ou temporal. (v. *Silverthorne Lumber Co v. United States*, 251 US 385, 40 S Ct 182, 64 L.Ed. 319, 1920 e *Bynum v. United States*, 274, F.2d. 767, 107 U.S. App D.C 109, D.C.Cir.1960) (HC 222.652/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/09/2014, DJe 03/10/2014). 4. Não há se falar em fonte independente de prova ou em descoberta inevitável, porquanto a prova ilícita, decorrente dos extratos bancários obtidos pelos representantes da empresa vítima sem a prévia autorização judicial, possuía relação de dependência causal e cronológica com as demais provas produzidas. 5. Recurso especial provido para restabelecer a sentença que absolveu a recorrente em razão da ilicitude

dos meios de prova. (REsp 1417567/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 29/06/2018). (grifo nosso).

O julgamento supra tratou de caso em que a funcionária de uma empresa havia sido denunciada por crime de apropriação indébita (afrt. 168, §1º, III, do Código Penal), por haver supostamente se apropriado de numerários de sociedade empresária para a qual trabalhava na condição de tesoureira. Ocorre que as investigações tiveram início quando o empregador recebeu, em envelope anônimo, extratos da conta bancária da suposta autora do fato, que demonstrariam os desvios patrimoniais imputados. Embora tenha havido ordem judicial de quebra de sigilo bancário, esta foi posterior ao uso (reputado indevido) de informações bancárias cujo acesso não foi autorizado pelo Poder Judiciário.

Assim, apesar da relevância epistêmica da prova documental capaz de demonstrar a materialidade do fato delituoso, que serviu de gatilho para o início das investigações e para a posterior quebra judicial de sigilo bancário, a violação à privacidade da investigada contaminou de forma irremediável toda a instrução, vez que as demais provas decorreram daquela, que, por seu turno, era viciada.

Nesse sentido, extrai-se do voto condutor do Min. Nefi Cordeiro, relator do recurso especial no Superior Tribunal de Justiça, a *ratio decidendi* do julgado:

Na espécie, embora deferido judicialmente o pedido de quebra de sigilo bancário, verifica-se que o citado procedimento buscou, na realidade, legalizar as investigações posteriores, cuja fonte inicial de prova foi obtida de forma ilícita, fato que contamina todos os atos subsequentes, porquanto derivou exclusivamente dos extratos bancários obtidos pelos representantes da empresa vítima sem a prévia autorização judicial, não havendo falar em fonte independente de prova ou descoberta inevitável.

Diversos outros valores impõem limitações à função epistêmica da prova, tais como o direito a não autoincriminação, que assegura à parte a não produção de prova contra si mesma, fortemente presente no processo penal, mas também no campo extrapenal, embora em menor intensidade, como disposto no art. 379 do Código de Processo Civil nacional⁴⁹. Razões éticas desobrigam terceiros que atuam no processo

⁴⁹ No âmbito cível, diferentemente do penal, as omissões da parte podem gerar presunções contra si, dispensando a produção de prova acerca de determinados fatos. Sobre o direito de não produzir prova contra si, o atual Código de Processo Civil brasileiro dispõe: “Art. 379. Preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte: I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado; II - colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária; III - praticar o ato que lhe for determinado.”

como testemunhas de dizerem a verdade, como se dá no caso de parentes de uma das partes, até determinado grau de parentesco. O sigilo profissional constitui impedimento ao esclarecimento de fatos por certos profissionais, quando o conhecimento destes foi obtido no exercício da profissão. O mesmo se aplica a ministros religiosos, no que respeita à ciência de fatos relevantes obtidos no confessional.

Respeitadas todas as legítimas e incontornáveis restrições ao descobrimento da verdade no âmbito processual, que, exatamente em razão de tais limites, jamais será definitiva e absoluta, volta-se à indagação com a qual se iniciou o presente tópico. A notória existência de óbices ao esclarecimento da verdade não desincumbe o processo de fixá-la, ainda que para os fins exclusivos de julgamento de determinado caso *sub judice*. Após verificada a existência de limitações de ordem fática e jurídica à apuração da verdade, cumpre enfrentar a questão relativa ao patamar de confirmação de uma narrativa, que, quando atingido, confere àquela o “selo” de matéria provada.

Para esse fim, importa ter clareza de que existem variadas concepções de verdade e que, para cada uma delas, o tema estará provado desde que satisfeito determinado parâmetro. Para os que se utilizam da noção de verdade como correspondência, o objetivo da prova é aproximar ao máximo possível a narrativa (fundamentação) da realidade histórica dos fatos. Para outros, que enxergam a verdade como coerência, a prova terá alcançado seu desiderato quando permitir a formulação de uma narrativa coerente interna e externamente. Por fim, cabe registrar a corrente que adota visão pragmática da verdade, considerando verdadeiro aquilo que é capaz de convencer.

Sobre tais correntes de pensamento, que, por óbvio, não esgotam as possibilidades, Patrícia Silva Pereira (2016, *ePub*) esclarece:

Numa concepção menos niilista, entre as correntes que defendem a verdade como fim do processo judicial podemos identificar três principais: aquelas que consideram a verdade como adequação à realidade, chamadas teorias da verdade como correspondência; aquelas que assumem o enunciado como verdadeiro se este se integrar num coerente conjunto de enunciados, chamadas teorias da verdade como coerência; e, ainda, as teorias ditas

pragmatistas que consideram verdadeiro ora o que serve um fim, ora o que o auditório aceita.

Nenhuma das concepções sobre verdade está isenta de críticas. No tocante à ideia da verdade como coerência, a metáfora do mosaico parece bastante útil para criticá-la. É que essa concepção de verdade agrada ao intérprete holístico dos fatos, aquele que se contenta em contemplar a harmonia do mosaico, sem perquirir a função que cada peça exerce no todo e a relação do todo com as partes. O juízo holístico tende a acatar (como verdadeiras) narrativas coerentes, mas que não sobreviveriam a uma análise detalhada da prova produzida. Histórias boas costumam ser convincentes para o julgador leigo. Costumeiramente, verificam-se juízos dessa ordem no tribunal do júri, órgão jurisdicional composto por juízes sem conhecimento jurídico, que tendem a acatar narrativas coerentes e verossímeis, sem atentar para as nuances da prova amealhada na fase de instrução do processo (TARUFFO, 2016).

Para que a decisão tenha racionalidade interna, é suficiente que suas conclusões sejam fieis às premissas estabelecidas na própria decisão, o que não assegura racionalidade externa, que somente ocorre quando são contrastadas as premissas e inferências utilizadas pelo julgador com a prova produzida no processo e com as narrativas e refutações apresentadas pelos demais sujeitos processuais.

Sobre a racionalidade interna da decisão, Wróblewski (1992, p. 210) explica o seu caráter autorreferente:

A decision is internally rational if, according to the accepted rules of justificatory reasoning, it is inferred from the premisses accepted by the decision-maker. In other words, the decision is rational if it is inferred from the knowledge the decision-maker has, and the preferences which he accepts, when the inference follows the rules he uses ⁵⁰.

As teorias pragmáticas, por sua vez, não parecem úteis ao propósito de que a decisão judicial espelhe a correta aplicação do direito. Como visto, há um vínculo de dependência entre legalidade e apuração dos fatos que constituem pressuposto de incidência da norma. Com efeito, a ocorrência dos fatos relevantes da causa independe do assentimento do sujeito à narrativa empírica. Os fatos não terão ocorrido ou deixado de ocorrer porque houve o mero assentimento do sujeito. Com

⁵⁰ Tradução livre: “Uma decisão é internamente racional se, de acordo com as regras de raciocínio aceitas para fundamentação, infere-se das premissas aceitas pelo julgador. Em outras palavras, a decisão é racional se for inferida do conhecimento que o órgão decisor possui, e as preferências que ele aceita, quando a inferência segue as regras que ele usa.”

isso se quer dizer que o assentimento racional, embora esteja intimamente ligado à prova-argumento, deve ser visto como consequência da correta apuração dos fatos, não como sua causa.

Em todo caso, é preciso que a confirmação de determinada narrativa (sobre fatos juridicamente relevantes) deixe o campo da subjetividade e possa ser vertida em termos menos intuitivos e da forma mais objetiva possível. Nada parece mais objetivo do que a Matemática, com os seus números e sua aparente exatidão. Talvez por isso, no afã de alcançar essa mesma objetividade, alguns estudiosos foram seduzidos pela verdade estatística.

Com efeito, muitos adeptos dessa vertente estatística de confirmação se utilizam do Teorema de Bayes (*Bayes' Theorem*) para justificar suas conclusões. O matemático inglês Thomas Bayes, que viveu no século XVIII, desenvolveu uma fórmula que tem o propósito (e a virtude) de fornecer dado probabilístico sobre a possível ocorrência de determinados resultados, utilizando-se de outros dados estatísticos já conhecidos. Utilizando-se a fórmula de Bayes é possível, por exemplo, descobrir qual o percentual de risco de alguém que apresenta sintomas característicos de gripe realmente estar contaminado pelo vírus causador dessa enfermidade. Para tanto, utiliza-se de outros dados conhecidos e confiáveis que, lançados em sua fórmula, trarão um resultado em termos percentuais (MORRIS, 2016).

A utilização de dados estatísticos é de suma importância, não se pode negar. A elaboração de políticas públicas, por exemplo, não pode prescindir deles. O planejamento atuarial de um plano de previdência ou de uma seguradora de saúde, idem. Questiona-se, contudo, se esses dados, isoladamente considerados, seriam suficientes perante casos concretos, que narram fatos particularizados da vida.

Como afirma Susan Haack (2014, p. 68), "*probabilistic consistency is not sufficient to guarantee rational or reasonable degrees of belief*⁵¹". Essa insuficiência dos dados estatísticos é plenamente justificada por seu descolamento das situações concretas e particularizadas. Processos judiciais tratam de fatos específicos. Não há nada que possa garantir que os fatos tratados no processo se deram de acordo com o que, segundo as estatísticas, seria o mais provável que ocorresse. Com efeito, os

⁵¹ Tradução livre: "consistência probabilística não é suficiente para garantir graus de crença racionais ou razoáveis."

dados estatísticos podem ser utilizados como reforço argumentativo, jamais (isoladamente) como prova capaz de confirmar determinada narrativa.

Os que defendem a suficiência da probabilidade estatística baseiam-se no fato de que, através dela, minimizam-se as possibilidades de erro. Ora, se as estatísticas demonstram que determinado fato, sob determinadas circunstâncias, ocorre em 80% (oitenta por cento) das situações, parece lógico dizer, a princípio, que a pretensão baseada na ocorrência desse fato deveria ser aceita, afinal, é mais provável do que a sua não ocorrência. Trata-se, portanto, de argumento com aparência de correção epistemológica.

Há um exemplo clássico, citado por diversos autores, que se baseia em um caso concreto julgado pela Suprema Corte de Justiça do Estado de Massachusetts, Estados Unidos da América. No caso específico, uma senhora teve o seu veículo abalroado por um ônibus azul, porém, o motorista do coletivo se evadiu do local após a colisão, não dando tempo para que a placa fosse anotada. Sabia-se, contudo, que 80% (oitenta por cento) dos ônibus azuis que operavam na localidade pertenciam à determinada empresa. Logo, considerando-se exclusivamente a probabilidade matemática, seria possível concluir que as chances de o veículo causador do acidente pertencer àquela empresa seria de 0,8 (oito décimos), em uma escala de 0 (zero) a 1 (um). Desse modo, a decisão que viesse a condenar a empresa teria esse percentual de acerto, aparentemente bastante razoável (BELTRÁN, 2007).

Frederick Schauer (2006) defende que a prova estatística, embora capaz de levar a condenações injustas e detestáveis no âmbito penal, deveria ser reputada suficiente para condenações na órbita cível. No exemplo do acidente com o ônibus azul, acima referido, seria plausível, no seu entender, admitir a condenação da empresa exclusivamente baseada no dado estatístico apresentado. Assim, estaria justificada sua condenação a reparar pelo menos 80% (oitenta por cento) do prejuízo sofrido pela vítima, percentual correspondente à chance estatística de o acidente ter sido ocasionado pelo ônibus da citada sociedade empresária.

Schauer enxerga como injustificável a resistência ao uso da prova estatística no âmbito cível, pois, para ele, a imposição *indevida* de responsabilidade civil ao réu teria a mesma gravidade que deixar de impor tal responsabilidade, quando devida. O acolhimento dessa lógica, na visão do autor, propiciaria uma desejável divisão dos riscos sociais.

In civil cases, however, the aversion to expected-value verdicts seems less justifiable. After all, the plaintiff in a typical negligence case is claiming to have been injured through someone else's fault while doing nothing wrong. In such a case, it is not clear why erroneously denying recovery to a worthy plaintiff is any less harmful an error than erroneously awarding recovery against a nonnegligent defendant. To put it differently, the preponderance of the evidence standard presupposes that erroneous denials of liability and erroneous impositions of liability are equally regrettable.¹³ The false positive is no worse than the false negative. And if this is so, if the Type I and Type II errors, to use the statistician's language, are equivalent, then it is by no means clear that the aversion to expected-value verdicts in criminal cases ought to be extended to civil cases. ⁵² (SCHAUER, 2006, p. 90)

Ocorre que o objetivo da prova (no processo judicial) não é criar uma espécie de “seguro social” ou apenas reduzir possibilidades de erro, mas, ao contrário, buscar o acerto dos fatos sobre os quais incide a norma. Com efeito, a premissa que justifica a suficiência da prova estatística é falsa. Como a probabilidade estatística nada diz sobre o fato concreto, mas apenas sobre a frequência com que ocorrem determinados eventos, em termos gerais, não se pode considerar válido do ponto de vista epistêmico (e também jurídico) que o julgador conduza seu arrazoado partindo da probabilidade numérica para a subjetiva. A decisão seria nula por falta de fundamentação, pois o argumento apresentado somente na perspectiva formal poderia ser considerado fundamentado, porquanto trataria de coisa diversa do objeto litigioso.

Parece consenso no meio acadêmico contemporâneo que, com a derrocada da realidade metafísica, a valoração da prova jamais alcançará a correspondência absoluta entre pensamento, narrativa e fatos relevantes. Disso decorre que sempre se trabalhará com juízos de probabilidade, de incerteza. Falar em probabilidade, contudo, pode remeter a conceitos variados, que pouco têm em comum e que podem levar a resultados bastante diferentes no que respeita ao padrão de prova. Desse modo, faz-se necessário esclarecer alguns pontos sobre juízos probabilísticos.

Há que se realizar uma distinção entre probabilidade dos acontecimentos e

⁵² Tradução livre: “Em casos cíveis, no entanto, a aversão a veredictos probabilísticos parece menos justificável. Afinal de contas, o autor de um caso típico de negligência está alegando ter sofrido dano por culpa de alguém, sem fazer nada de errado. Nesse caso, não está claro por que negar indevidamente a reparação a um demandante digno é um erro menos prejudicial do que erroneamente conceder uma indenização contra um réu não-negligente. Em outras palavras, a preponderância do padrão de evidência pressupõe que negações errôneas de responsabilidade e imposições errôneas de responsabilidade são igualmente lamentáveis. O falso positivo não é pior do que o falso negativo. E se for assim, se os erros Tipo I e Tipo II, para usar a linguagem estatística, forem equivalentes, então não está claro que a aversão a veredictos probabilísticos em casos criminais deve ser estendida a casos civis.”

probabilidade das narrativas. A primeira diz respeito à probabilidade matemática, objeto da crítica de Haak, anteriormente citada. Não alude a qualquer estado subjetivo, nem se volta para casos particulares, embora possa ser utilizada para reforçar os argumentos que suportam determinada narrativa ou para refutá-los, como anteriormente demonstrado.

A probabilidade aplicada às narrativas, por seu turno, volta-se à compreensão que os sujeitos têm da realidade, diante de determinadas situações postas. Pode-se falar em probabilidade lógica ou indutiva, referindo-se a quanto determinada prova reforça uma dada conclusão acerca dos fatos.

Além da perspectiva indutiva, outra forma de probabilidade sobre proposições (não sobre fatos) é de ordem subjetiva, e consiste no grau de confiança que um sujeito pode racionalmente depositar em determinada narrativa, à luz da prova amealhada. Em comum com a probabilidade estatística, a probabilidade subjetiva usa uma escala numérica para medir o grau de confirmação da narrativa, onde 0 (zero) é a total ausência de confiabilidade da hipótese e 1 (um), o outro extremo, a completa admissão do enunciado empírico como verdadeiro. Para se chegar à conclusão expressa em números, os defensores da probabilidade subjetiva terminam recorrendo à fórmula de Bayes que, como visto, necessita de dados estatísticos prévios para ser aplicada, o que remete às críticas já formuladas acerca da probabilidade estatística. Além do mais, nem sempre haverá dados estatísticos confiáveis dos quais se necessita para aplicar a fórmula. Admitir-se a atribuição de números iniciais, de acordo com o grau de crença do juiz em determinadas premissas, serviria apenas às teorias embasadas no convencimento como função primordial da prova, pois, nesse caso, se poderia “objetivar” o grau de crença do juiz, traduzindo-o em números, o que, contudo, não lhe retiraria a subjetividade e, conseqüentemente, não seria útil para mitigar o risco de irracionalidade das decisões judiciais.

Adota-se, neste trabalho, a ideia de probabilidade lógica ou indutiva que independe de cálculos matemáticos que expressem (numericamente) a crença em determinada hipótese. Aliás, os cálculos matemáticos probabilísticos exigem um número inicial superior a 0 (zero), sob pena de toda a equação resultar em zero. Ora, qualquer valoração probatória que tenha como ponto de partida um valor superior a 0 (zero) afrontaria, no campo penal, a presunção de inocência do acusado, garantia prevista em qualquer constituição democrática. A probabilidade indutiva, ao afastar o uso de expressões numéricas, evita esse inconveniente e permite que a valoração

parta de índice de confirmação metaforicamente equiparável a zero (sobre determinada proposição), quando não houver qualquer prova a seu respeito. (BELTRÁN, 2007).

O critério indutivo de demonstração da hipótese ocorre em cadeia. O elemento de prova é avaliado, aferindo-se a sua credibilidade, sua confiabilidade, para, somente após admitida a confiabilidade do meio de prova, chegar-se à conclusão por meio de uma regra inferência. Uma testemunha, por exemplo, pode ser mais ou menos confiável a depender de diversos fatores: relação pessoal com as partes, vida pregressa, limitações cognitivas, limitações sensoriais etc. O primeiro passo, portanto, é atestar o grau de confiabilidade do meio de prova. Interessante notar que, nesse processo de avaliação do meio de prova, a conclusão a que se chegue a seu respeito figurará como premissa de futuras conclusões.

A existência de antecedentes criminais por fato análogo ao que está sob apuração ou a relação de amizade/inimizade com uma das partes, por exemplo, é um dado que, por inferência, pode levar à conclusão de que o depoimento merece pouca credibilidade ou que sequer se presta como prova (em sentido material). Aceita como minimamente confiável, a prova figurará como dado para, através de inferência, chegar-se a uma conclusão sobre o fato relevante (que pode ser fato principal ou fato secundário, que, por inferência, conduzirá ao principal). Resta claro, pois, que o processo ocorre em cadeia de hipóteses, onde a anterior serve de premissa para a subsequente.

A confiabilidade do elemento de prova não é suficiente para garantir apoio à conclusão. A regra de inferência utilizada como ponte entre aquela (prova) e esta (conclusão) também está sujeita a questionamentos e precisa estar assentada sobre elementos empíricos confiáveis. Juízos puramente intuitivos ou baseados em senso comum preconceituoso (não demonstrável) são insuficientes para suportar a conclusão, pelo menos em uma perspectiva epistemologicamente válida.

Cada elemento desse esquema pode sofrer refutações, que serão submetidas ao debate e sopesadas pelo julgador. Assim, a testemunha ou o documento podem ter sua credibilidade contestada; a regra de inferência pode ser questionada em si mesma ou na sua relação com a prova e com a conclusão; a própria conclusão pode ser contestada por não decorrer logicamente da prova e da inferência, por exemplo. Com efeito, por se tratar de argumentação não dedutiva, a existência de refutações não invalida de plano o argumento, mas pode comprometer-lhe a força.

À vista do exposto, vale esclarecer que a apresentação do layout argumentativo, via de regra, usa como ponto de partida a prova, seguida pela inferência e, por fim, a conclusão (hipótese) sustentada acerca dos fatos relevantes. Se assim ocorre com a exposição do argumento, conforme *layout* proposto por Toulmin (2006), o mesmo não se dá com a elaboração mental da narrativa, que parte da hipótese acerca dos fatos para, em seguida, buscar sustentação em provas.

A formulação inicial da hipótese, por sua vez, depende de conhecimentos prévios da realidade, que Jordi Beltrán (2007, p. 131) chama de “supuestos auxiliares” (suposições auxiliares). A construção do conhecimento (e, portanto, da hipótese) parte de verdades aceitas ou pressupostas (embora falseáveis, relativas), aptas a construir generalizações empiricamente válidas ou demonstráveis. No caso do processo judicial, a possibilidade de demonstração deve ser imediata, não apenas possível a depender do estado da técnica. A formulação de hipóteses, embora seja uma operação intuitiva, não compromete a racionalidade do processo, pois tais hipóteses, quando infundadas ou preconceituosas, deverão sucumbir ao constrangimento que lhes impõe a prova.

A regra de inferência (que se baseia nas suposições auxiliares), consiste em generalização empírica. Como tal, pode ser submetida à controvérsia, passando a constituir ela própria objeto de prova no processo judicial. Situações há, contudo, em que a regra de inferência se assenta sobre uma verdade científica universalmente aceita, o que conferirá elevado grau de confirmação à hipótese e dificilmente suscitará controvérsia a seu respeito, o que não obsta questionamentos sobre sua pertinência com a hipótese que se pretende confirmar ou com a prova produzida. É dizer: a generalização (regra de inferência) pode ser questionada de per se, quando são passíveis de refutação os elementos empíricos que lhe dão sustentação, como pode ser aceita como verdadeira, porém, questionada na sua relação com os demais elementos que estruturam o raciocínio indutivo.

Desse modo, pode-se afirmar que o controle da decisão judicial fundamentada se dará a partir desses elementos. Consequentemente, é imprescindível que o magistrado demonstre que tipo de inferências utilizou para chegar às conclusões que alicerçam a decisão e em que elementos prova e suposições auxiliares (elementos empíricos de suporte da generalização ou *backing*) estão embasadas tais inferências. Somente assim será possível avaliar a racionalidade da decisão. Uma decisão fundada em regra de inferência vaga ou não demonstrável deve ser considerada não

fundamentada e, portanto, nula.

Para uma visão crítica sobre a racionalidade da regra de inferência e sua relação com a prova e com a conclusão do raciocínio, merece transcrição a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará que, em recente julgado, reformou sentença penal condenatória. No caso concreto, o réu fora denunciado por homicídio culposo de trânsito. A sentença judicial o considerou culpado, utilizando-se, como principal argumento, o fato de o condutor/réu sequer ser habilitado para conduzir veículo automotor à época do fato. A decisão, contudo, foi reformada pelo órgão *ad quem* em sede de apelação, cuja ementa do acórdão foi assim redigida:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO CULPOSO NO TRÂNSITO. ART. 302, § 1º, INC. I, DO CTB. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. CARÊNCIA DE PROVAS DA CULPA DO ACUSADO. IN DUBIO PRO RÉU. ABSOLVIÇÃO NECESSÁRIA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Conforme já relatado, trata-se de apelação criminal interposta por [...], buscando a reforma da sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Acopiara, que o condenou como incurso nas penas do art. 302, § 1º, inc. I, da Lei nº 9.503/97. 2. No mérito, busca a absolvição, aduzindo em síntese que não há provas inequívocas de que foi o responsável pelo acidente. A ocorrência material do fato, no que toca ao acidente de trânsito e aos óbitos, está devidamente demonstrada no Inquérito Policial, notadamente pelos Laudos Cadavéricos acostados às fls. 12/14 e 24/25. Da mesma forma, incontroverso que, na ocasião do sinistro, o réu era o condutor da motocicleta em que estava uma das vítimas (...); fato este admitido pelo recorrente, em sintonia com todo o caderno de provas. 3. A teor da sentença a quo, é perceptível que a condenação foi fulcrada na presunção de não possuir o acusado habilidade para dirigir a motocicleta, ratificando tal entendimento pelo fato de não ter o mesmo habilitação/permissão para dirigir. Destaque-se que não há nos autos nenhuma testemunha que traga a dinâmica do acidente, notadamente se o acusado praticou na condução do veículo automotor alguma imperícia. Pelo contrário, o réu em seu interrogatório narra que foi surpreendido pela presença de um animal na pista e que tentou desviar, conforme trechos mencionados no decisum. 4. **Sobre o fato de o réu não possuir, ao tempo do acidente, habilitação para dirigir veículo automotor, tem-se que este sim está comprovado nos autos, tendo inclusive o próprio acusado confirmado tal circunstância. Ocorre que a simples ausência de CNH (que consubstancia a inobservância de uma disposição regulamentar) não enseja nos dias atuais, por si só, presunção de culpa na ação do réu, devendo haver comprovação de que a sua conduta, de certo, concorreu para a ocorrência do delito.** Precedentes e doutrina. 5. No caso em tela, como evidenciado, ausentes elementos positivadores, de forma convicta e segura, de que o réu tenha operado com culpa, inviável a condenação, em observância ao princípio do in dubio pro reo e da garantia da presunção de inocência. 6. Recurso conhecido e provido. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0002407-35.2009.8.06.0029, em que figura como recorrente [...]e recorrido o Ministério Público. ACORDAM os Desembargadores integrantes da 3ª Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, em CONHECER do recurso e DAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto do eminente Relator. Fortaleza, 25 de setembro de 2018. Des. José Tarcílio Souza da Silva Presidente do Órgão Julgador, em exercício Dr. Antônio Pádua Silva Relator - Port. 1369/2016 (Relator (a): ANTÔNIO PÁDUA SILVA - PORT 1369/2016;

Comarca: Acopiara; Órgão julgador: 2ª Vara; Data do julgamento: 25/09/2018; Data de registro: 25/09/2018) (grifo nosso).⁵³

O relator do recurso, juiz convocado Antônio Pádua da Silva, após transcrever parte da sentença reformada, conclui que:

A teor da sentença a quo, é perceptível que a condenação foi fulcrada no fato de que o acusado não tinha carteira de habilitação e por presunção, não teria habilidade para dirigir o automóvel. Destaque-se que não há nos autos nenhuma testemunha que traga a dinâmica do acidente, principalmente se o acusado praticou na condução do veículo automotor alguma imperícia.

Submetendo-se o caso ao *layout* argumentativo ora proposto, tem-se que há um “dado provado” (aliás, incontroverso), pois o acusado não era habilitado para conduzir motocicleta, veículo que pilotava quando da ocorrência do sinistro que levou a óbito o carona, além de um terceiro. A partir desse dado, o magistrado sentenciante teria concluído (segundo o acórdão) que o acusado fora responsável pela morte da vítima. Partindo-se do dado provado, o sentenciante se utilizou de regra de inferência que poderia ser redigida do seguinte modo, para fins didáticos: *peçoas que conduzem veículos sem a devida habilitação causam acidente*.⁵⁴

Dirigir sem habilitação é pressuposto fático de norma de trânsito sancionadora, de modo a atrair a incidência de multa para o condutor, disso não há dúvida. Caso o processo versasse sobre a aplicação de multa de trânsito, o raciocínio perfilhado pela decisão apelada seria irretocável. Ocorre, contudo, que o processo versa delito de homicídio culposo, que tem pressupostos específicos, como, por exemplo, inobservância de dever objetivo de cuidado e nexo causal entre a conduta e o resultado lesivo.

A regra de inferência acima posta, embora possa ter algum respaldo estatístico, nada diz sobre o que ocorreu no caso concreto. Trata-se, portanto, de uma generalização vaga, frágil e incapaz de sustentar a conclusão. A afirmação de que condutores não habilitados causam acidentes não autoriza o julgador a concluir, por inferência, que, no caso concreto, o condutor/réu causou o acidente. Isso porque o nexos causal é um elemento empírico que jamais pode ser analisado genericamente,

⁵³ Foram suprimidas referências capazes de identificar as pessoas envolvidas no processo, para preservação da imagem.

⁵⁴ A sentença, de fato, conta com referências aos depoimentos prestados em juízo, que teriam corroborado a argumentação do magistrado. Ocorre que tais depoimentos, no entender do Tribunal, seriam controversos e não conclusivos sobre a responsabilidade do réu pelo resultado danoso. A sentença, na percepção da Corte, teria conferido especial valoração à ausência de habilitação.

senão à luz dos fatos postos sob julgamento. Para esse fim, a falta de habilitação é irrelevante ou, quando muito, serviria de mero reforço argumentativo, contudo, jamais poderia ser suficiente para, por si só, levar a qualquer conclusão sobre a causação do sinistro.

A narrativa padece de falta de lógica e de demonstração empírica, pois a ausência de habilitação, por si só, não poderia conduzir (pelo menos de forma empiricamente válida) à conclusão de responsabilidade pelo acidente. Desse modo, resta claro que a prova constrange a formulação de hipóteses preconceituosas, não alicerçadas em dados e inferência passíveis de demonstração racional. Não se trata de busca por verdade metafísica, como dizem os críticos, muito menos de abandonar a verdade (como valor de segunda classe), mas de procurar a aproximação entre a narrativa e o modo como se deram os fatos. Essa ponte não admite construções fantasiosas, admissíveis em tempos passados, sob o pálio do absolutismo filosófico.

Sobre a construção da hipótese e seus elementos básicos, ensina Jordi Ferrer Beltrán (2007) que, nas ciências em geral, três elementos são necessários. Para o Direito, dois mais devem ser acrescentados, como se vê adiante: 1) a hipótese deve ser logicamente formulada e não conter vazio semântico;⁵⁵ 2) deve estar fundada em conhecimento previamente existente; 3) deve ser empiricamente constatável⁵⁶; 4) a hipótese jurídica deve ser apta à demonstração empírica imediata, ou seja, não pode depender de evolução do estado da técnica; 5) a hipótese deve se ferir a fatos juridicamente relevantes, sejam fatos principais ou secundários, que já foram definidos no presente escrito.

Podem surgir (e, comumente, é o que ocorre) hipóteses rivais no curso do processo, a partir dos mesmos elementos de prova trazidos aos autos. A demonstração de uma delas invalida ou enfraquece as demais. Cabe ao julgador submeter todas as hipóteses concorrentes ao debate (ainda que não suscitadas pelas partes, mas passíveis de influenciar na tomada de decisão) e, analisando cada um dos elementos acima referenciados, relativamente a cada uma delas, decidir fundamentadamente pelo acolhimento da hipótese “sobrevivente”.

⁵⁵ A semântica, importante elemento da semiótica, diz respeito à relação dos signos com os objetos por eles representados. Signos são tudo aquilo que, por meio de linguagem falada, escrita ou gestual representa algo. É preciso, portanto, que os signos que compõem a hipótese representem com precisão e clareza os objetos que lhe são correspondentes.

⁵⁶ Uma hipótese (sobre fatos) que não pode ser constatada empiricamente, também não pode ser falseada, logo, carece de cientificidade e somente poderia ser acatada como dogma, não como conhecimento científico.

A comparação entre narrativas fáticas concorrentes, para avaliar qual delas é mais provável, também comporta temperamentos. Essa comparação somente é possível entre afirmações que se encontram na mesma linha de inferência. Quando tais hipóteses encontram-se arrimadas nos mesmos dados, é possível criar uma escala que vai do *inverídico* ao *comprovado*, passando pela zona intermediária do *provável*. Assim, é possível situar a hipótese entre três desses marcos, estabelecendo-se uma comparação racionalmente explicável a partir dos fatos. Há hipóteses, contudo, que disputam o acolhimento judicial, mas não podem ser comparadas entre si (na perspectiva da maior ou menor confirmação) porque trilham caminhos (*paths*) distintos. Isso torna o sopesamento racional da prova uma atividade extremamente complexa em muitos casos.

Suponha-se um caso cível envolvendo o atropelamento de um homem, com repercussão no âmbito patrimonial. O autor do processo advoga que o réu, por haver deixado de observar dever objetivo de cuidado, veio a atropelá-lo, causando-lhe incapacidade permanente para o labor. Afirma, ainda, que foi colhido quando atravessava a faixa de pedestres. A defesa do réu, por seu turno, nega a imprudência do condutor, que trafegava no leito da pista, dentro da velocidade legalmente estabelecida e com os faróis ligados. Por outro lado, defende a hipótese de que a vítima teria aguardado o momento exato da passagem do veículo para, de forma repentina, lançar-se sob suas rodas, com nítido intuito suicida. O intuito de ceifar a própria vida, segundo o patrono do demandado, teria sido confessado pelo ofendido a pessoas próximas, a alguns dias do fato.

No tocante aos fatos relevantes da causa, o caso sob análise pode ser desmembrado em três hipóteses: H1) o réu trafegava sem observância às leis de trânsito, de forma imprudente; H2) o réu trafegava com observância às leis de trânsito, portanto, de forma prudente; H3) o autor, vítima do acidente, foi o única responsável pelo sinistro, atirando-se sob as rodas do carro em movimento.

Bem observadas as hipóteses, tem-se que H1 e H2 encontram-se na mesma trilha de inferência. Ambas partem do mesmo ponto (a forma como o réu conduzia o veículo) para chegarem a conclusões diametralmente opostas. Como ambas estão no mesmo *caminho inferencial*, pode-se dizer que o acolhimento de uma exclui o da outra ou, ainda, que quanto maior o grau de confirmação de uma, menor será o grau de confirmação da outra. Não seria logicamente válido afirmar que o condutor do veículo foi prudente e imprudente na condução do veículo, pois ambas as hipóteses se

excluem.

Ao largo da disputa entre H1 e H2, tem-se H3, que parte de um dado diferente de ambas e trilha *caminho inferencial* diverso daquelas. Ao contrário do que ocorre na disputa entre H1 e H2, a terceira hipótese (H3) pode coexistir com qualquer uma das outras. Com efeito, é possível acolher-se H1 com o grau mais elevado de confirmação e, ao mesmo tempo, acolher-se H3 com o mesmo nível de credibilidade. Idêntica situação ocorreria com H2 e H3, pois, independentemente da prudência do condutor, a vítima pode ter sido responsável pelo acidente, atirando-se sob as rodas, o que romperia o nexos causal entre a conduta do agente e o resultado lesivo.

Com isso, pretende-se demonstrar que nem todas as hipóteses relevantes para o resultado do processo podem ser comparadas entre si, em termos de gradação de prova (*degree of proof*). No caso, H3, por si só, conduziria à improcedência do pedido autoral, independentemente das provas produzidas acerca de H1/H2. A responsabilidade civil tem elementos que podem ser problematizados (controvertidos) individualmente, gerando caminhos interpretativos diferentes, sem necessariamente concorrerem entre si. Quanto maior a complexidade do evento a ser provado e, conseqüentemente, o número de variáveis envolvidas, maior será o número de *caminhos inferenciais* a serem percorridos.

O acerto ou desacerto da decisão,⁵⁷ sob o ponto de vista epistemológico, deve ser analisado a partir dos elementos de prova produzidos no processo, não por sua maior aproximação ou distanciamento da verdade. A função epistêmica da prova, portanto, limita-se à prova produzida nos autos, o que contradiz os críticos, que afirmam que a busca pela verdade trará sempre o viés de realidade metafísica.

Podem ser atribuídos diferentes sentidos à afirmação “está provado que p”. A depender do sentido que se atribui a essa afirmação no contexto do processo judicial, haverá maior ou menor subjetividade decisória e, conseqüentemente, maior ou menor possibilidade de controle do acerto ou desacerto da valoração da prova pelo órgão julgador.

⁵⁷ Aqui, calha ponderar que erro e acerto, no tocante a decisões judiciais, suscita intensos debates. De um lado, aqueles que acreditam haver uma decisão correta sobre o caso posto em juízo; de outro, os que defendem a possibilidade de várias decisões corretas. Não é objetivo deste trabalho ingressar nesse dissenso filosófico. Para os fins aqui propostos, decisão acertada é aquela que, à luz da prova produzida, adota conclusão plena e racionalmente justificável, certificando adequadamente os fatos sobre os quais deve incidir a norma aplicável. Admite-se, contudo, que idêntica certificação dos fatos não conduz necessariamente às mesmas conclusões, por juízes diversos, pois o provimento envolve valorações que extrapolam a questão fática.

Na perspectiva da identidade conceitual entre prova e verdade, pode-se afirmar que “está provado que p ” equivale a “é verdade que p ”. Essa falsa identidade entre prova e verdade, contudo, é desmentida pela aceitação de graus (estândares) de confirmação das narrativas. Se o fato provado fosse necessariamente verdadeiro, haveria uma realidade probatória pautada pela premissa de tudo ou nada, incompatível com qualquer ideia que remeta à gradação (BELTRÁN, 2017).

Outro sentido que se atribui à afirmação “está provado que p ” é “o juiz estabeleceu que p ” (BELTRÁN, 2017, p. 35), especialmente entre os autores que negam a função epistêmica da prova. Nesse caso, atribui-se força constitutiva à afirmação. É dizer: o Direito é uma realidade institucional e, como tal, cria realidades institucionais, de modo que a afirmação judicial de que determinada narrativa é verdadeira constituiria uma realidade apta a pautar a decisão a ser tomada no processo.

Por fim, o sentido que se afigura mais adequado à linha doutrinária adotada pelo presente trabalho atribui à afirmação “está provado que p ” o sentido de “há elementos de juízo suficientes a favor de p ” (BELTRÁN, 2017, p. 37). Esse sentido tem a virtude de criar elementos de controle externos à decisão judicial, consistente no cabedal de provas haurido no processo. O centro de atenção é deslocado de aspectos subjetivos e não controláveis para os elementos de prova amealhados, cuja qualidade e quantidade serão aptas a reforçar ou infirmar determinada conclusão sobre p , prestigiando-se a relação teleológica (e não conceitual) entre prova e verdade.

Desse modo, quando o juiz afirma que algo está provado, não crê necessariamente na verdade do objeto da prova, mas apenas que há elementos suficientes a autorizarem tal afirmação, independentemente de sua crença íntima. Nesse sentido, Jordi Ferrer Beltrán (2017, p. 102) :

Assim, é importante advertir que isso não pressupõe que a crença do juiz deva referir-se a p , mas sim a “Está provado que p ”. Isso é, vincula-se à crença de que há elementos de juízo suficientes a favor de p . Nesses casos (que cada vez são mais prevalentes), a crença do juiz em que está provado que p opera como razão (epistêmica) para aceitar p . A aceitação de p sobrevém à crença de que “Está provado que p ”.

Se em determinado ordenamento jurídico a sentença passada em julgado é passível de revisão ou rescisão devido ao surgimento de “prova nova”, isso não implica dizer que a decisão fora equivocada, quando observados os parâmetros aqui apontados, diante do cabedal probatório então existente. Pelo contrário, pressupõe-

se que o magistrado, se houvesse conhecido a prova nova (que somente veio à lume após o provimento final), poderia ter decidido de outra forma, mas, à época que decidiu, não lhe era dado fazê-lo.

Feitas tais considerações, cabe voltar ao estândar probatório, o patamar de confirmação que deve ser alcançado para que se tenha um fato como provado. Esse patamar será naturalmente diferenciado em razão do tipo de matéria tratada. Via de regra, o processo penal exige um grau de confirmação positiva maior, bastando ao réu, no mais das vezes, enfraquecer a hipótese acusatória, ainda que esta não seja absolutamente refutada. Isso porque as consequências do processo penal são normalmente (não sempre) mais gravosas para o condenado do que as decorrentes de uma condenação cível.⁵⁸ Entrementes, a fixação desse estândar é uma escolha política, formulada a nível legislativo e fortemente pautada pela ideologia dominante. Desse modo, em um estado de viés autoritário e persecutório no campo penal, tende-se a exigir um estândar mais tênue para a prova dos fatos delituosos. Ocorrerá o contrário em estados cujo parâmetro democrático de processo encontra-se melhor internalizado.

Nesse ponto, surge um relevante problema, pois os sistemas jurídicos não apresentam, via de regra, um estândar suficientemente objetivo para se aferir a observância, pelo órgão julgador, de parâmetros mínimos de racionalidade. Esse seria um mal do qual padecem tanto os países do *common law* como os de tradição romano-germânica. Ambos os modelos deixam margem excessiva de discricionariedade para o julgador.

O estândar de prova deveria ser preocupação central de qualquer estudo sobre processo de conhecimento, porquanto a fixação de parâmetros minimamente objetivos a seu respeito condiciona a aplicação isonômica do direito no âmbito judicial. Pouco adiantaria dissertar sobre os meios de prova e sobre o procedimento de produção desta (prova-atividade) se, no momento da valoração do material probatório (prova-fim), inexistisse qualquer paradigma a ser observado e, mais adiante, quando do julgamento (em que é exteriorizada a valoração), pudessem ser utilizados termos

⁵⁸ Alguns processos cíveis podem trazer consequências extremamente gravosas. É o caso daqueles que versam sobre direito sancionador, o que se dá, por exemplo, no caso do Brasil, com as ações por ato de improbidade administrativa. As sanções podem incluir perda do cargo público e suspensão de direitos políticos. Nesses casos, embora se trate de matéria extrapenal, é razoável exigir-se um estândar de prova mais elevado para confirmação dos fatos que embasam a pretensão autoral.

vagos, fluidos o suficiente para comportar juízos absolutamente díspares, como condenação e absolvição, procedência e improcedência.

Obviamente, por se processar no âmbito interno do julgador (“mundo 2”, para usar o conceito de Karls Popper), a valoração da prova somente pode ser controlada no momento seguinte, em que o magistrado é impelido pelo ordenamento jurídico a expor suas razões (“mundo 3”). É preciso, portanto, que o ordenamento jurídico coíba o uso de “válvulas de escape” para a irracionalidade, para os juízos puramente subjetivos e preconceituosos.

Todo o esforço empreendido para garantir objetividade às razões utilizadas no processo (pelas partes e pelo magistrado) não resultará em uma blindagem hermética contra a irracionalidade e seus vieses, pois a imprecisão e a vagueza são condições da linguagem. Parece claro que o objetivo desse esforço é mitigar o arbítrio e garantir que a expressão “Estado de Direito” faça algum sentido no âmbito do processo judicial.

A esse propósito, sobre a relevância do tema, vale transcrever a advertência de Larry Laudan (2013, p. 62):

Claramente, la justicia, en el sentido de equidad y debido proceso, no puede ser garantizada ni siquiera un poco, en un sistema en el que sus diversos jueces recomiendan, y en el que los distintos jurados emplean, estándares discrepantes para determinar la culpabilidad o la inocencia del acusado⁵⁹.

O terreno é arenoso. A dificuldade reside basicamente no fato de a prova judicial não militar no campo das certezas matemáticas, mas, para muitos, no terreno da certeza moral. A certeza moral, aqui, não se refere à moralidade ou a valores éticos. A expressão é utilizada em contraposição à prova irrefutável, que, afeta às “ciências duras”, não dá margem para tergiversação (se é que ainda existe algum campo infenso à incerteza).

No campo da certeza moral, sempre haverá espaço para dúvidas e questionamentos, de modo que se faz necessário estabelecer o momento a partir do qual o fato deve ser tido como provado, impondo-se àquele que o contesta o ônus de demonstrar o contrário. Em dado momento, a dúvida e os questionamentos deixam

⁵⁹ Tradução livre: “Obviamente, a justiça no sentido de equidade e devido processo, não pode ser garantida minimamente em um sistema em que seus diversos juízes recomendam, e em que os distintos jurados empregam estándares discrepantes para determinar a culpa ou a inocência do acusado.”

de ser razoáveis, embora sempre possíveis. O estandar da prova, portanto, seria o *ponto ótimo* da demonstração da veracidade de um enunciado empírico, além do qual toda narrativa favorável pecaria por excesso e toda argumentação contrária teria sobre si o ônus da prova.

No âmbito cível, a questão é menos tormentosa, embora difícil. É que entre duas narrativas, deverá prevalecer aquela que se afigura *mais provável do que não*. Portanto, a confirmação da hipótese tem como parâmetro, de certa forma, a hipótese adversa. No campo penal a situação muda dramaticamente de figura. Devido às graves consequências da condenação criminal e ao princípio da presunção de não culpabilidade (ou da “inocência”), cujo caráter contraepistêmico é evidente (embora plenamente justificável), há que se impor um grau de confirmação bem mais elevado para que essa presunção inicial seja vencida. Os países do sistema *common law* utilizam largamente a compreensão de que a culpa deve estar provada “além de qualquer dúvida razoável” (utiliza-se o acrônimo BARD, de *beyond a reasonable doubt*).

Mas a expressão *beyond a reasonable doubt*, por si só, não é solução para o problema. Simplesmente não há fórmula mágica. Várias são as interpretações dadas a esse brocardo jurídico, notadamente quanto ao que se deve entender por dúvida razoável. Seguem alguns exemplos: dúvida que dissuadiria uma pessoa de tomar uma decisão ordinária em sua vida; dúvida que, pelo senso comum, seria capaz de evitar determinada conduta; dúvida apta a afastar uma convicção estável; dúvida que conte com uma razão a seu favor. Fala-se, ainda, em prova para além de qualquer dúvida como “convicção altamente provável”, associando-a a percentuais de convencimento (LAUDAN, 2013).

Diante do quadro de insuficiência paradigmática legislativa, desponta a relevância da doutrina e dos tribunais na fixação dos parâmetros de objetividade para que se tenham como provadas as narrativas fáticas, especialmente no âmbito do processo penal e do direito sancionador. Não basta que se afirme a presunção de inocência, como o faz a Constituição brasileira, se não se constroem parâmetros que indicarão quando se pode considerar vencida tal presunção. O rigor do estandar poderá variar, ainda, conforme a fase do processo e o tipo de decisão a se tomar. É o caso, por exemplo, dos processos de competência do Tribunal do Júri, cuja decisão de submeter o réu a julgamento pelo conselho de sentença (decisão interlocutória

mista de pronúncia) demanda apenas prova da materialidade do fato delituoso e indícios suficientes de autoria do crime, conforme preconiza o Código de Processo Penal Brasileiro.

O estândar de prova decorre de escolha política de cada sociedade, em determinado momento histórico, ditada pela ideologia prevalecente. Imaginando-se uma fita métrica capaz de mensurar o grau de confirmação de uma hipótese, tem-se que, a depender do valor considerado mais caro pelo ordenamento jurídico, essa “medição” deve variar mais ou menos além do ponto médio. Quando, por exemplo, o processo envolve questões de cunho patrimonial, portanto disponível, seria razoável pensar que a hipótese estaria provada desde que ultrapassado (ainda que por alguns “centímetros”) o ponto médio. Por outro lado, quando o acolhimento da hipótese implica privação de liberdade de alguém ou mesmo a perda de sua primariedade criminal, é desejável que o grau de confirmação esteja bem além daquele ponto. No caso do processo penal, a presunção de não culpabilidade impõe que o grau de confirmação da tese acusatória fique próximo do extremo máximo da “régua”.

Importa ressaltar que o estândar de prova jamais poderá coincidir com o ponto máximo da “régua” de mensuração, porquanto a demonstração cabal e irrefutável (não passível de qualquer questionamento) é um ideal inatingível. Sempre haverá dúvidas oponíveis às narrativas sobre fatos passados. A reconstrução dos fatos jamais será cabal ao ponto de alcançar a verdade irrefutável (noção superada de realidade metafísica).

Enxergando-se por outro ângulo, a admissão de que é impossível alcançar a verdade estreme de dúvidas no campo da prova judicial (postura essencialmente falibilista) traz como consequência intrínseca a assunção do erro como parte do sistema. O risco de condenações injustas será mitigado na proporção da força que o ordenamento jurídico conferir à presunção de não culpabilidade (benefício da dúvida), porém, essa álea de risco jamais será eliminada por completo. Quando se minimiza o risco de condenações falsas, empurrando-se o estândar de prova para próximo do ponto máximo da “trena”, aumenta-se o risco de absolvições falsas, o que remete novamente à questão da escolha política.

A busca da verdade, portanto, é uma aproximação entre a narrativa e a realidade sobre como se deram os fatos. Quanto mais próximo do ponto mais elevado da escala de mensuração, significa dizer que mais se torna admissível a absolvição errônea de um culpado, e menos admissível o inverso, a condenação de um inocente.

Com efeito, pode-se concluir que estabelecer um estândar de prova é criar um “*mecanismo para la distribución de los errores*”⁶⁰ (LAUDAN, 2013, p. 110).

Nessa “distribuição de erros” (já que o erro é inevitável) incumbe a cada sociedade deliberar sobre quantas absolvições/improcedências injustas para cada condenação/procedência injusta está disposta aceitar. Quanto menos condenações injustas se deseje, em proporção inversa com as absolvições injustas, mais distante do ponto médio (para cima) deve estar situado o estândar de prova. Por outro lado, quanto mais leniência houver com veredictos condenatórios falsos, mais o estândar estará próximo do termo mediano da escala imaginária.

Ao valorar o material probatório coligido, o julgador deve ter a clareza de que a cada avanço nessa “escala métrica” imaginária deve corresponder uma argumentação objetiva, pautada estritamente pela prova produzida no processo, segundo as regras processuais vigentes. Caso contrário, a representação “métrica” seria mera alegoria sem qualquer acréscimo de racionalidade à fundamentação do julgado.

No sistema da “prova legal” (hoje, praticamente, uma reminiscência histórica), o legislador especificava o valor de cada prova e o magistrado, com objetividade e precisão aritméticas, aferia o cumprimento do estândar de prova pela soma dos valores alcançados por cada parte do processo. Não mais se cogitaria fazer uso de tal sistema de valoração da prova, sobretudo na sociedade complexa da atualidade, porém, apesar de anacrônico, ele demonstra (em grau extremo e indesejável, claro) o distanciamento que pode haver entre a convicção pessoal do julgador e o preenchimento de estândar de prova. Com efeito, a narrativa pode alcançar o estândar de prova, mas, por outro lado, não convencer o julgador. Como pode ocorrer o inverso, quando o julgador está plenamente convencido, mas não encontra elementos de prova capazes de justificar (racionalmente) o seu discurso. No sistema da “prova legal”, a convicção do julgador será sempre irrelevante, pois sua adesão às narrativas é desimportante para o julgamento da causa.

O processo democrático, incompatível com a figura do magistrado voluntarioso, impõe que o julgamento seja feito à luz do estândar, não do convencimento (íntimo) do juiz. A íntima convicção é tão ou mais nociva do que o sistema da prova legal. A primeira, assim como o último, não foi completamente superada e segue contaminando o novo paradigma (da fundamentação racional e objetiva). Sempre que

⁶⁰ Tradução livre: “mecanismo para distribuição dos erros”.

há uma hipervalorização do aspecto psicológico (ou seja, da adesão subjetiva do julgador à narrativa da parte) em detrimento da objetividade argumentativa, o sistema da íntima convicção ressurgiu de forma camuflada.

O padrão de prova desejável é aquele que, segundo Larry Laudan (2013, p. 129), deixa *“espacio para una situación en la que un jurado estuviere obligado a condenar aunque continúe creyendo (quizá fuertemente) en la inocencia del acusado, aun a pesar de que el estándar de prueba haya sido satisfecho”*⁶¹.

A principal dificuldade de se estabelecer um EdP (padrão de prova) válido, nos moldes estabelecidos por Laudan, consiste no viés de “contrato social” que reveste um dos requisitos por ele propostos: a relação entre absolvições corretas por condenação falsa que a sociedade estaria disposta a suportar. E mesmo que fosse possível estabelecer essa fórmula, sua verificação, na prática, seria extremamente difícil, pois os julgamentos falsos são de difícil identificação, justamente por se assemelharem a juízos corretos.

A impossibilidade prática de fixação de EdP com aquele contorno não deve levar ao abandono da busca por objetividade no discurso judicial. Pelo contrário, devem ser acatados parâmetros mínimos de objetividade argumentativa, que sejam capazes de conter o arbítrio e o voluntarismo. Tais requisitos podem ser resumidos a dois: a) clareza e concisão; b) objetividade, de modo que as conclusões fiem-se mais na prova produzida do que nas impressões pessoais dos juizes/jurados (LAUDAN, 2013).

3.4 Pensamento complexo e dependência epistêmica

Existem diferentes formas ou perspectivas de análise dos objetos de estudo, sejam estes materiais ou institucionais. Todas as formas de análise são válidas, porém, sua utilidade depende dos propósitos do sujeito cognoscente. Durante séculos, prevaleceu o método cartesiano, que tem como linha mestra a disjunção ou decomposição do objeto em partes, apreciando-se cada uma delas isoladamente, desde as estruturas mais simples às mais complexas. Desse modo, pensava-se que seria alcançado o objeto estudado em toda sua inteireza e que sobre ele poderiam ser formuladas conclusões imutáveis.

⁶¹ Tradução livre: “espaço para uma situação em que o jurado estaria obrigado a condenar ainda que continue crendo (talvez fortemente) na inocência do acusado, apesar de haver sido satisfeito o padrão de prova.”

Não se pode dizer que o método de Descartes é equivocado. Também não se pode negar que, através dos séculos, permitiu (e ainda permite) à Ciência alcançar avanços significativos nos mais variados campos do conhecimento. Essa perspectiva cartesiana de enxergar o mundo está ligada ao paradigma da simplicidade, ao pensamento de que o papel da ciência é levantar todos os véus e encontrar sempre a terra firme, a explicação cabal e definitiva para todos os fenômenos que afetam a humanidade. Para essa forma de pensar, não haveria espaço para penumbras, para incertezas ou imprecisões. Tudo seria uma mera questão de tempo e de esforço para que os cientistas pudessem explicar as leis que regem todas as coisas estudadas, formulando regras fixas, claras e infalíveis.

Sobre o pensamento cartesiano e sua pretensão de chegar a leis imutáveis acerca dos mais variados objetos de estudo, Chaim Perelman (1963, p. 93) esclarece:

Science, according to the Cartesian conception of it, is composed of self-evident truths fixed *ne varietur*, whatever the further development of knowledge: this assumes that the language in which these truths are enunciated, and the ideas that serve to express them, will be subjected to no future reversal in consequence of the progress that science might make. Indeed, this is also the opinion of all positivist men of learning. For them all science consists in the facts that have been established and definitively remain so, regardless of the theories--transitory and secondary as these are in the evolution of the sciences--in which the facts have been integrated.⁶²

O ser humano, devido às suas limitações, tem necessidade de simplificação do mundo para compreendê-lo a seu modo e, assim, sentir-se seguro. A incerteza inquieta a alma humana. Se o homem suporta a incerteza é porque ela lhe serve de estímulo para buscar o seu oposto, a certeza, a verdade. Movido pela busca insaciável por segurança e previsibilidade, o homem trilha o seu caminho, porém, na prática, percebe aqueles valores cada vez mais distantes de si, pois, a cada passo dado em termos de compreensão dos acontecimentos, vislumbra um novo caminho que se abre, com novas perspectivas e variáveis incontroláveis. Desse modo, prefere criar formas simplistas de lidar com a realidade cotidiana, passando a enxergar a realidade por lentes binárias: preto e branco; feio e belo; certo e errado etc.

⁶² Tradução livre: “A ciência, de acordo com a concepção cartesiana, é composta de verdades auto-evidentes fixadas em *ne varietur*, qualquer que seja o desenvolvimento ulterior do conhecimento: isso pressupõe que a linguagem na qual essas verdades são enunciadas e as ideias que servem para expressá-las não serão submetidas a qualquer reversão futura em consequência do progresso que a Ciência possa fazer. De fato, esta é também a opinião de todos os positivistas. Para eles, toda a ciência consiste nos fatos que foram estabelecidos e definitivamente permanecem assim, independentemente das teorias - transitórias e secundárias, como estão na evolução das ciências - nas quais os fatos foram integrados.”

Sobre o paradigma simplificador, Edgar Morin (2015, p. 59):

Assim, o paradigma simplificador é um paradigma que põe ordem no universo, expulsa dele a desordem. A ordem se reduz a uma lei, a um princípio. A simplicidade vê o uno, ou o múltiplo, mas não consegue ver que o uno pode ser ao mesmo tempo múltiplo. Ou o princípio da simplicidade separa o que está ligado (disjunção), ou unifica o que é diverso (redução).

A necessidade de banir a desordem do pensamento humano fez com que a visão sistêmica da realidade fosse evitada, prestigiando-se a disjunção, a segmentação, com o intuito de proporcionar ao investigador algum controle sobre o tema investigado. Essa *zona de conforto* intelectual tem um preço elevado para o avanço do saber, pois traz consigo um déficit inarredável de realidade. Ao amesquinhar os horizontes do conhecimento, reduzindo-o a leis de fácil compreensão, mas absolutamente falhas, o pesquisador se distancia do real, que é complexo.

Curiosamente, o avanço da ciência a colocou em xeque, pois, com a ampliação do saber para além dos estritos limites dos laboratórios e academias, com a socialização do conhecimento e a ampliação dos meios de informação, a sociedade leiga se deu conta de que a simplificação proporciona um falso “domínio” sobre a realidade. A complexidade das relações sociais e a necessidade de recurso à multidisciplinariedade para explicar os acontecimentos colocou o paradigma da simplicidade sob fogo constante. Aos poucos, percebeu-se que o pensamento simples é capaz de enxergar o todo, bem como as suas partes, mas não é apto a analisar um a partir do outro.

Ao ignorar a existência de variáveis ou elementos não controláveis, a Ciência atua como um sistema fechado, que não realiza (ou realiza de forma insuficiente) trocas com o meio e com outros sistemas, o que proporciona estabilidade interna, porém, conduz o sistema à desordem completa, ao caos entrópico. Na medida em que realiza trocas insuficientes com o meio, a ciência deixa de receber *inputs* desse ambiente e, conseqüentemente, não consegue fornecer os *outputs* adequados à realidade (GRECO, 2015).

O caos entrópico ocorre justamente quando determinado sistema se torna hermético, fechado às trocas com o meio. A ausência de interação, além de impedir a ordenação do sistema, obsta a sua dinamicidade (adaptação às mudanças que se processam “extramuros”). Com efeito, há duas opções possíveis: realizar trocas e

suportar a instabilidade que delas decorre; evitar trocas e manter-se estável, porém, no mais alto grau de entropia.^{63 64}

O desencanto com relação à capacidade da ciência de apresentar respostas simples, seguras e definitivas para toda sorte de acontecimentos leva a um processo de desmistificação do conhecimento científico, como fica bem evidenciado na seguinte passagem de Ulrich Beck (2011, p. 236):

Na práxis e no espaço público, as ciências são confrontadas tanto com o balanço de seus êxitos quanto com o balanço de seus fracassos e, portanto, com reflexo de suas promessas descumpridas. São muitas as razões por trás disto: justamente com seus êxitos, parecem crescer desproporcionalmente também os riscos da evolução técnico-científica; soluções e promessas libertadoras, quando realizadas na prática, acabam por revelar inegavelmente o seu lado problemático, que se converte, por sua vez, em objeto de intensivas análises científicas; e, por paradoxal que pareça, num mundo já loteado cientificamente e profissionalmente administrado, as perspectivas de futuro e as oportunidades de expansão da ciência estão vinculada também à crítica da ciência.

Essa crise do conhecimento científico eclodiu fortemente no século XX. A delicada questão ambiental, seara onde a imprevisibilidade das intervenções humanas se mostrou mais acentuada, foi (e continua sendo) um excelente laboratório dessa mudança paradigmática. Eventos de repercussão global, como o acidente nuclear de Chernobil, na Ucrânia (1986), forçaram a comunidade científica internacional a refletir sobre os limites da ciência. O postulado segundo o qual a função da ciência é alcançar a unidade, o elemento básico ou a regra fundamental capaz de explicar a maior gama possível de fenômenos, foi fortemente abalado.

O convívio com a incerteza e, conseqüentemente, com a desconfiança em relação às suas descobertas é o que resta à comunidade científica global. Essa constatação impacta fortemente o conceito de verdade, agora destituído da aura

⁶³ Como (estatisticamente) todas as coisas tendem à desordem (entropia), a única possibilidade de se manter a organização de um sistema é através da troca com o meio. O isolamento impede que a desordem interna (e progressiva) do sistema possa ser reordenada. Como ensina Rodrigo Azevedo Greco (2015, p. 61): “Essa constatação contraria uma associação geralmente feita entre ordem e estabilidade social, já que todo e qualquer estado de ordenação da sociedade é instável. A sociedade só será estável quando atingir seu nível de desordem máxima, mas, se e quando isso ocorrer, não poderemos mais admitir a existência de uma sociedade, uma vez que esta pressupõe um mínimo de ordem.”

⁶⁴ A vocação dos sistemas fechados para a completa desordem é também abordada por Edgar Morin (2011, p. 21), nos seguintes termos: “Um sistema fechado, como uma pedra, uma mesa, está em estado de equilíbrio, ou seja, as trocas de matéria/energia com o exterior são nulas. Por outro lado, a constância da chama de uma vela e a constância do meio interno de uma célula, ou de um organismo, não estão absolutamente ligadas a tal equilíbrio; ao contrário, há desequilíbrio no fluxo energético que os alimenta, e, sem esse fluxo, haveria desordem organizacional levando rapidamente ao deffinamento.”

metafísica e absoluta de outrora. No campo da Filosofia do Direito, precisamente, no âmbito da teoria geral da prova, alguns autores passaram a afirmar que a busca pela verdade seria uma negação do pensamento complexo.

A contraposição (equivocada) entre pensamento complexo e busca pela verdade não parece correta. Reconhecer que existem incertezas, zonas de penumbra e variáveis não controláveis pelo estudioso é um caminho que busca aproximação do real, não enquanto verdade metafísica e absoluta, mas como verdade provisória e relativa. O reconhecimento desses fatores de instabilidade do conhecimento não cria um fosso entre conhecimento e verdade, pelo contrário, apresenta a complexidade do real com todas as suas cores e tons, impondo a adoção da postura falibilista a quem pretende se inteirar dos fatos (científicos ou não). Conhecer as nuances da realidade é justamente o oposto da ignorância, é um movimento que lança luz sobre os objetos, que desencanta aqueles que buscavam a terra firme, mas instiga quem busca a verdade por aproximação.

O reconhecimento da complexidade, portanto, não conduz à negação da verdade enquanto elemento que tem peso e valor no processo. O reposicionamento do valor verdade no processo, ao lado de outros interesses juridicamente tutelados, decorre bem mais da evolução social, da mudança de valores, do que propriamente do surgimento do pensamento complexo e da desmistificação das ciências.

O pensamento complexo, a rigor, é uma ferramenta para a compreensão da realidade, sem a máscara superficial da simplicidade. Ao tratar do tema, Alisson José Maia Melo (2015, p. 585) afirma:

“Todas essas reflexões sugerem que se faz necessária, para uma compreensão mais aproximada do real (e, portanto, da verdade), a inserção da irreversibilidade e da incerteza no processo cognitivo, sendo insuficientes as ferramentas então existentes para a realização desse empreendimento.”

A contradição entre verdade e pensamento complexo é fruto do paradigma da simplificação. Dizer que o pensamento complexo nega a verdade seria conceber esta última como uma realidade necessariamente estática, imutável e sem contradições. Pensar dessa forma seria idealizar a verdade como uma regra de tudo ou nada, seria enxergar a verdade com as lentes míopes da simplicidade. Sob o manto da complexidade, as contradições não significam erro, mas acontecimentos inerentes ao conhecimento enquanto processo. Alcançar as contradições seria prova de avanço do conhecimento rumo às zonas e refolhos mais profundos do objeto estudado.

Para Edgar Morin (2011, p. 68),

Na visão clássica, quando surge uma contradição num raciocínio, é um sinal de erro. É preciso dar marcha à ré e tomar um outro raciocínio. Ora, na visão complexa, quando se chega por vias empírico-rationais a contradições, isso não significa um erro, mas o atingir de uma camada profunda da realidade que, justamente por ser profunda, não encontra tradução em nossa lógica.

No pensamento complexo, a busca pela verdade não é proscrita, é alçada a outro patamar. Liberta do paradigma da simplificação, é necessária uma tomada de consciência de que essa busca não se destina a elucidar a verdade na perspectiva de tudo ou nada. Reconhecer que a verdade sobre os fatos (ou, mais precisamente, sobre afirmações empíricas) comporta graus ou possui várias camadas não é o mesmo que negá-la ou substituí-la por conceitos meramente subjetivos, como o da “captura psíquica”, que, se levado ao extremo, abre margem para decisões ineficazes, porquanto distantes da realidade subjacente, além de irracionais. A função da prova na elucidação da verdade não se confunde com a pretensão de pintar a realidade em preto e branco, mas implica reconhecer que ela apresenta vários tons de todas as cores (DEEMTER, 2010).

No campo do processo judicial, a “descoberta” da complexidade reforça a constatação de que o juiz, longe da postura autoritária que marcou o exercício da jurisdição sob o paradigma da simplicidade, é um sujeito processual falível e, entre os demais sujeitos processuais, o que mais depende de conhecimentos alheios aos seus para que possa exarar o provimento final. O magistrado, portanto, é um dependente epistêmico, o que não retira a racionalidade das decisões judiciais, que (como foi analisado acima e será novamente abordado na parte destinada à função argumentativa da prova) reside no cunho racional e objetivo da argumentação.

A dependência epistêmica não é uma peculiaridade do processo. Na verdade, está presente em todas as áreas do saber (seja leigo, científico ou filosófico) e permite que o conhecimento evolua a partir de experiências vivenciadas por indivíduos, cujos resultados são repassados a outros agentes, que, mesmo sem as ter vivenciado pessoalmente, as incluem no seu campo de experiência e criam novos horizontes de expectativas e novas possibilidades a partir delas. Se os sábios do passado dominavam todo o conhecimento de sua época, a realidade contemporânea dispensa explicações sobre a inviabilidade desse feito.

É assim que a Ciência permanece em constante evolução. Conceitos são aprimorados, revistos e muitas vezes substituídos a partir de bases formadas por estudiosos precursores, cujas ideias, a despeito de não mais atenderem integralmente ao atual estado da técnica, servem de base para novos patamares de conhecimento. A evolução do conhecimento não necessita de constante retorno ao “marco zero”, antes depende de conceitos previamente formulados, mas que não constituem cânones absolutos.

Em consonância com essa percepção da realidade científica, Chaim Perelman (1963, p. 93), na seguinte passagem de sua obra, discorre sobre a evolução das ideias e como esse processo se vale de conhecimentos anteriores, que, não tidos como irrefutáveis e autoevidentes, são reformulados constantemente para sanar contradições ou simplesmente para integrar novos elementos às teorias:

*But if we assume that the sciences develop on the basis of opinions previously accepted--and replaced by others either when difficulty results from some contradiction or in order to allow of new elements of knowledge being integrated in the theory--then the understanding of scientific methodology requires us to be concerned not with building the scientific edifice on the foundation of self-evident truths, but with indicating why and how certain accepted opinions come to be no longer regarded as the most probable and the most suitable to express our beliefs, and are replaced by others. The history of the evolution of scientific ideas would be highly revealing in this regard.*⁶⁵

O conhecimento do homem sobre a realidade chegou a um patamar de amplitude que exigiu compartimentá-lo (o que não se confunde com disjunção, mas com diferenciação), de modo que cada compartimento se tornou uma especialidade, que se aprofunda em determinados aspectos do todo. É desse modo que os especialistas atuam conjuntamente, suprindo as deficiências de conhecimento uns dos outros.

No processo judicial, além da ausência de conhecimento técnico do juiz sobre determinados fatos, cuja compreensão exige formação específica e, por isso, demandam a presença de um experto, a reconstrução histórica dos acontecimentos

⁶⁵ Tradução livre: “Mas, se assumirmos que as ciências se desenvolvem com base em opiniões previamente aceitas - e substituídas por outras, quando a dificuldade resulta de alguma contradição ou para permitir que novos elementos de conhecimento sejam integrados à teoria -, então a compreensão da metodologia científica exige que nos preocupemos não em construir o edifício científico sobre o fundamento de verdades auto-evidentes, mas em indicar porque e como certas opiniões aceitas passam a ser consideradas as mais prováveis e as mais adequadas para expressar nossas crenças e são substituídos por outros. A história da evolução das ideias científicas seria altamente reveladora a este respeito.”

requer a participação de terceiros que, mesmo não tendo conhecimentos especializados, encontram-se em posição epistêmica de vantagem relativamente ao magistrado. Pessoas que presenciaram um crime, por exemplo, poderão trazer para o processo detalhes sobre a autoria do delito, o modo do cometimento, a conduta da vítima e uma série de circunstâncias que o magistrado, em posição epistêmica de inferioridade, jamais poderia alcançar.

É necessário, contudo, que o magistrado tenha elementos objetivamente demonstráveis para acreditar que tais pessoas (sejam elas peritos ou testemunhas) têm razão para conhecer os fatos que relatam. Assim, entre os enunciados utilizados pelo juiz na sua decisão, alguns não se referem aos fatos em si, mas aos meios de prova, justamente para demonstrar a maior ou menor credibilidade que devem merecer. É assim quando o juiz confere credibilidade inferior ao depoimento de uma testemunha que nutre amizade confessa (embora não íntima) com uma das partes, ou quando avalia que determinado depoente, pela distância que se encontrava do evento narrado, não teria condições de visualizar com tamanha precisão o que relata em audiência, ou que certa pessoa, por ter perda auditiva, não teria condições de ouvir perfeitamente ruídos que tenham pertinência com o objeto da prova etc.

A discussão sobre a dependência epistêmica (*epistemic dependence*) e o caráter racional do conhecimento obtido por meio de uma cadeia de indivíduos em diferentes posições epistêmicas, foi didaticamente colocada com John Hardwig (1985, p. 336-337) nos seguintes termos:

*Suppose that a person A has good reasons – evidence – for believing that p, but a second person, B, does not. In this sense B has no (or insufficient) reasons to believe that p. However, suppose also that B has good reasons to believe that A has good reasons to believe that p. Does B then, ipso facto, have good reasons to believe that p? If so, B's belief is epistemically grounded in an appeal to the authority of A and A's belief. And, if we accept this, we will be able to explain how B's belief can be more than mere belief; how it can, indeed, be rational belief; and how B can be rational in his belief that p. And our problems will be solved... or only starting.*⁶⁶

⁶⁶ Tradução livre: Suponha-se que uma pessoa A tenha boas razões - evidência - para acreditar que p, mas uma segunda pessoa, B, não. Nesse sentido, B não tem razões (ou as tem insuficientes) para acreditar que p. Contudo, suponha também que B tenha boas razões para acreditar que A tem boas razões para acreditar que p. B então, ipso facto, tem boas razões para acreditar que p? Se assim for, a crença de B é epistemicamente fundamentada em um apelo à autoridade da crença de A. E, se aceitarmos isso, poderemos explicar como a crença de B pode ser mais do que mera crença; como pode, de fato, ser uma crença racional; e como B pode ser racional em sua crença de que p. E nossos problemas serão resolvidos ... ou apenas começarão.

Diante da complexidade do real e da multiplicidade e interdisciplinariedade dos conhecimentos que podem ser necessários para compreendê-lo minimamente, a irracionalidade pode estar em insistir na ideia de que o conhecimento, para ser racional, deve ser obtido sem o intermédio de terceiros (que se encontram em posição de vantagem epistêmica). Por isso, entre os argumentos favoráveis à dependência epistêmica, Hardwig (1985, p. 338) aduz: *“In the second, I urge that because the layman is the epistemic inferior of expert (in matters in which the expert is expert), rationality sometimes consists in refusing to think for oneself.*”⁶⁷

No campo do processo judicial, objeto de investigação do presente trabalho, é forçoso reconhecer que o magistrado (sujeito imparcial que é) não está comprometido previamente com as versões apresentadas, o que, sob essa perspectiva específica, lhe confere certa vantagem epistêmica em relação aos sujeitos processuais parciais.⁶⁸ Por outro lado, na perspectiva da proximidade com os fatos, o juiz é o sujeito processual que se encontra mais distante dos acontecimentos relevantes para o julgamento da causa. Nesse último aspecto, é inegável a sua desvantagem.

Raramente o magistrado tem contato direto com o objeto de prova. Mesmo quando o tem, é comum necessitar do conhecimento de especialistas para suprir suas deficiências técnicas. No processo de interdição, por exemplo, segundo preceitua o art. 751 do Código de Processo Civil brasileiro,⁶⁹ o juiz deve realizar uma entrevista com o interditando, objetivando aferir sua eventual incapacidade para gerir a si próprio na vida civil, por meio de perguntas simples sobre o seu cotidiano, de fácil resposta. Esse meio de prova, contudo, não dispensa a realização de prova pericial, prevista no art. 753 do mesmo diploma processual.⁷⁰ A imperatividade da prova pericial, nesse caso, a despeito da entrevista, é o reconhecimento claro de que o juiz não está em

⁶⁷ Tradução livre: “em segundo, eu insisto que, porque o leigo é a epistemicante inferior ao especialista (em matérias em que o perito é especialista), a racionalidade às vezes consiste em recusar-se a pensar por si mesmo.”

⁶⁸ Com isso não se quer dizer que o magistrado é neutro e que não leve para o julgamento toda a sua carga de experiências passadas, seus valores e concepções forjadas ao longo da sua trajetória de vida. A neutralidade, definitivamente, não é uma característica humana. Porém, diante do caso concreto sob julgamento, a ausência de paixão permite ao juiz uma análise mais fria e até mesmo autocrítica e falibilista.

⁶⁹ Art. 751. O interditando será citado para, em dia designado, comparecer perante o juiz, que o entrevistará minuciosamente acerca de sua vida, negócios, bens, vontades, preferências e laços familiares e afetivos e sobre o que mais lhe parecer necessário para convencimento quanto à sua capacidade para praticar atos da vida civil, devendo ser reduzidas a termo as perguntas e respostas.

⁷⁰ Art. 753. Decorrido o prazo previsto no art. 752, o juiz determinará a produção de prova pericial para avaliação da capacidade do interditando para praticar atos da vida civil.

condições técnicas de (isoladamente) verificar se o interditando, de fato, não goza plenamente de suas faculdades mentais. Ainda que pareça sofrer de enfermidade ou deficiência manifestas, somente um especialista pode descartar a tentativa de fraude⁷¹.

Sobre a desvantagem epistêmica “crônica” dos juízes, que não atinge somente a chamada prova indireta⁷², destaca Rachel Herdy (2016, *ePub*):

*Los jueces o los miembros del jurado nunca estarán en posición de investigar, por ejemplo, el estatus de los documentos que transmiten toda clase de información. Incluso los llamados medios de prueba físicos, tales como huellas dactilares y muestras de ADN, son usualmente presentados por testigos (expertos). Esto significa que, por lo general y de manera relevante, el razonamiento sobre los hechos en el derecho está afectado por testimonios, pues los juzgadores tienen poca o ninguna ayuda de las fuentes epistémicas básicas.*⁷³

Conclui-se, assim, que a dependência epistêmica é inevitável na modernidade, marcada pela existência de relações sistêmicas complexas. Por outro lado, essa dependência não é óbice à racionalidade das decisões judiciais, pelo contrário. Aliás, traçando-se um paralelo com a ciência, é possível afirmar que o conhecimento científico que se tem hoje, em todos os campos do saber, somente foi possível em razão da divisão do trabalho epistêmico. Os pesquisadores partem do conhecimento construído por outros que lhes antecederam cronologicamente nas pesquisas, ou por trabalhos concomitantes, mas de outras áreas afins. A justificativa para crer que os fatos ocorreram de determinada forma, com base no conhecimento de terceiro, é não apenas aceitável, como necessária.

⁷¹ Nesse tipo de ação, há sempre o risco de fraude, pois a legislação brasileira concede benefício social de prestação continuada a pessoas hipossuficientes financeiramente, que não tenham como desenvolver atividade laborativa em condições de igualdade com as demais, devido a limitações físicas e/ou psiquiátricas.

⁷² A rigor, toda prova judicial seria indireta, pois sempre haveria um filtro inferencial na sua interpretação: “Em bom rigor, no âmbito judicial, toda a prova é indireta, sob o ponto de vista epistemológico prova direta é aquela que permite a reprodução (experimental que seja) do facto. Neste sentido toda a prova é indiciária, ainda que verse sobre o facto a provar diretamente, pois o conhecimento chega sempre por meio de um raciocínio inferencial.” (PEREIRA, 2016, *ePub*).

⁷³ Tradução livre: “Juízes ou jurados nunca estarão em posição de investigar, por exemplo, o status dos documentos que transmitem todo tipo de informação. Mesmo os chamados meios físicos de prova, como impressões digitais e amostras de DNA, são geralmente apresentados por testemunhas (especialistas). Isso significa que, de maneira geral e relevante, o raciocínio sobre os fatos na lei é afetado por depoimentos, já que os juízes têm pouca ou nenhuma ajuda das fontes epistêmicas básicas.”

4 A FUNÇÃO ARGUMENTATIVA DA PROVA NO PROCESSO JUDICIAL

No processo judicial (mas não apenas nele), exsurge sobranceira outra função da prova. A disputa argumentativa (que deixou de ser física⁷⁴ e irracional, como ocorria na Idade Média) é indissociável da noção moderna de processo. Trata-se de uma disputa genuinamente intelectual, pautada pela racionalidade. Nesse contexto, a prova se apresenta como elemento discursivo de elevada magnitude, apto a produzir argumentos destinados a influenciar diretamente na construção do provimento judicial. A função argumentativa da prova é responsável por constranger as equivocadas “verdades instantâneas” e evidentes (MARTINS, 2013), frutos dos vieses, dos preconceitos e de tantas outras armadilhas do pensamento. Exerce, assim, relevante papel legitimador do exercício da jurisdição sob a perspectiva democrática de processo.

Adota-se neste trabalho o conceito de processo como procedimento em contraditório (FAZZALARI, 2006). O procedimento é o conjunto de atos concatenados de forma lógica para atingir determinada finalidade. Esse conceito não é exclusivo do Direito e pode ser aplicado a qualquer ramo do conhecimento. Assim, por exemplo, fala-se em procedimento cirúrgico quando se quer referir a determinado tipo de intervenção médica, que pressupõe sequência de atos dispostos segundo uma técnica específica da Ciência médica, voltados para a obtenção de determinado resultado em prol da saúde do paciente. No procedimento médico, contudo, o uso do argumento, embora tenha alguma utilidade para esclarecer ao paciente sobre a necessidade e os objetivos da intervenção, não é da sua essência, de modo que pode haver procedimento dessa natureza sem discurso, sem argumento. Aliás, é o que comumente ocorre nas urgências médicas.

No processo judicial, diferentemente dos procedimentos utilizados nas chamadas “ciências duras”, o argumento é ferramenta básica. O seu desenvolvimento não pode prescindir da exposição de razões, do debate e, por que não dizer, da demonstração racional das conclusões. As razões não se dirigem apenas à *quaestio juris*, destinam-se, da mesma forma, embora com algumas peculiaridades, à questão de fato, às narrativas empíricas relevantes para o julgamento da causa.

⁷⁴ Como ensina Michele Taruffo (2016, p. 19), “o ordálio mais comum e duradouro foi provavelmente o duelo judicial, em que as partes ou seus campeões combatiam perante os juízes.”

O ato final do procedimento judicial, a sentença definitiva, é também um ato argumentativo, pois as razões de decidir, contidas na fundamentação, são elemento essencial desse ato estatal, sem o qual a decisão será absolutamente nula (ou mesmo inexistente). A sentença, como lembra Nagibe de Melo Jorge Neto (2017, p. 166), é produto do diálogo envolvendo o juiz e as partes: “O segundo ponto a considerar é que a decisão judicial é proferida dentro de um diálogo. As razões apresentadas pelos juízes como justificativa de suas decisões estão referenciadas a um discurso e às razões apresentadas pelas partes que disputam o Direito controvertido.”

O ato de decidir, embora privativo do magistrado, não é produto exclusivo da inteligência daquele, ao contrário do que inadvertidamente se poderia supor. É antes uma construção coletiva, que ocorre necessariamente sob (e decorre do) contraditório. O contraditório é conceito indissociável de argumentação dialógica, de debate qualificado e efetivo. Não há contraditório senão quando as partes, cientes dos atos processuais, manifestam-se *com a efetiva potencialidade para influenciar na construção da decisão final*. O ato de argumentar no processo judicial não significa apenas preencher um requisito puramente formal de validade deste, mas construir o processo e, conseqüentemente, o provimento final. Necessariamente, todos os argumentos utilizados (desde que pertinentes com a causa) deverão ser apreciados pelo Poder Judiciário.

No campo da prova judicial, não basta que as partes possam produzir provas sobre os fatos relevantes e que essas provas sejam levadas em consideração pelo julgador. O direito à prova vai além, exige que o julgador demonstre, em suas razões de decidir, que estas decorrem da valoração individual e conjunta dos elementos de prova, expostos de forma racional. Como esclarece Beltrán (2007, p. 57), “*Por otro lado está claro que no basta con tomar en consideración todas las pruebas admitidas y practicadas. Es necesario también que la valoración de las mismas, individual y conjunta, se adecue a las reglas de la racionalidad.*”⁷⁵

Os argumentos utilizados pelo juiz, ao decidir, e pelas partes, ao peticionarem/recorrerem, atuam como filtro de racionalidade à tomada de decisão, especialmente porque os argumentos das partes não devem ser ignorados pelo

⁷⁵ Tradução livre: “Por outro lado, está claro que não basta tomar em consideração todas as provas admitidas e realizadas. É necessário também que a sua valoração, individual e conjunta, se adéque às regras da racionalidade.”

jugador, que tem a obrigação de apreciá-los, sob pena de violação ao devido processo legal substantivo e, conseqüentemente, de invalidade da decisão prolatada. Ainda que (inevitavelmente) o magistrado seja levado à formação de pré-juízos de valor acerca dos fatos postos, a necessidade de racionalizar essa preconcepção é corolário da argumentação. Quando é necessário justificar perante um terceiro a decisão tomada, impõe-se a elaboração de narrativas ou enunciados pretensamente válidos, aceitáveis, tidos como verdadeiros. Desse modo, afirmações do tipo “estou convencido de que” ou “parece-me plausível que”, isoladamente utilizadas, são inválidas para esse propósito.

Assim, ainda que se admita a importância dos processos neuropsicofisiológicos do comportamento argumentativo das partes e do julgador, é também inegável que a argumentação jurídica não é apenas um disfarce para os reais motivos da decisão. Mais do que isso, a argumentação jurídica é um verdadeiro limitador, um filtro de racionalidade contra a influência indevida desses fatores. (JORGE NETO, 2017, p. 168-169).

Nessa linha, conclui Nagibe de Melo Jorge Neto (2017, p. 184) que “A razão é, portanto, a própria condição do conhecimento objetivo, o conhecimento que precisa ser justificado e demonstrado para além do mundo interior do sujeito cognoscente para que possa ser compartilhado por critérios que ultrapassem a subjetividade.”⁷⁶

Fundamentalmente, não basta produzir prova com o intuito de demonstrar a veracidade das narrativas construídas no processo. É preciso traduzir essa demonstração de verdade em argumentos válidos empiricamente. A atividade probatória, em última análise, consiste em produzir argumentos capazes de justificar determinada conclusão a respeito dos fatos relevantes da causa, passíveis de demonstração empírica.

⁷⁶ Questão interessante, mas que desborda do objeto do presente trabalho, diz respeito à existência ou não de um hiato entre a compreensão dos fatos e a fundamentação do posicionamento jurídico adotado. Embora integre o senso comum duto a ideia de que o magistrado julga para depois buscar os fundamentos jurídicos, há objeções bastante consistentes a essa concepção do ato de julgar. O juiz teria uma pré-ciência das normas e institutos jurídicos, que são empregados no momento em que analisa e compreende os fatos postos na causa e suas conseqüências jurídicas, formando um juízo que não seria, portanto, puramente empírico ou extrajurídico, antes já estaria permeado de juridicidade decorrente daquele pré-conhecimento, da historicidade e da facticidade do julgador. A construção das razões de decidir, nessa perspectiva, não seria um ato posterior à compreensão, mas concomitante. Exteriorizá-la no texto da decisão seria apenas a formalização ou explicitação dos fundamentos adrede existentes. Nesse sentido, Reginaldo Gonçalves Gomes e Carlos Alberto Simões de Tomaz (2017, *ePub*) salientam que: “Sem dúvida, é insustentável a ideia que ainda permeia o senso comum dos juristas, no sentido de que o magistrado primeiro decide para depois fundamentar. Sim, porque como possui uma pré-compreensão estabelecida em razão da sua historicidade, facticidade e finitude, quando o juiz se dirige a um assessor e determina que desenvolva a pesquisa naquele processo sufragando a tese do autor, por exemplo, o que acontece é que está decidindo a causa porque já articulou toda a compreensão sobre a questão.”

A função argumentativa da prova parece bastante evidente para Sandro D'Onofrio (2016, *ePub*), que, ao discorrer sobre o tema, chega a colocar o argumento como um aspecto intrínseco da prova, nos seguintes termos: *"por prueba jurídica nos referimos tanto a los hechos y su interpretación (como evidencias) como a la argumentación que se da sobre la base de dichas evidencias para llegar a una conclusión."*⁷⁷

O pilar da racionalidade é válido tanto para razões jurídico-valorativas como para argumentos referentes aos fatos relevantes da causa. A racionalidade está vinculada à possibilidade de demonstração objetiva de um postulado, sem recurso a argumentos obscuros e subjetivistas. Nessa linha, Marco Antônio de Barros (2011, p. 26) afirma:

Mas, a verdade só é considerada válida no processo quando construída sobre uma base sólida de legalidade. Isto significa que a verdade deve ser moldada sob critérios de um juízo racional, previamente balizado pelo ordenamento jurídico. Sem dúvida, o conhecimento é subjetivo, porém, sua composição submete-se ao preenchimento de requisitos próprios do devido processo legal. Desse modo, é o elemento objetivo que convalida a substância do conhecimento.

Como demonstrado no tópico anterior, a introdução do elemento imponderável nas equações sobre os mais diversos temas da vida, revelando-a em sua complexidade crescente, trouxe questionamentos sobre a forma silogística da argumentação utilizada desde Aristóteles. Com o progresso das ciências, descobriu-se que a realidade é bem mais complexa do que se supunha, o que tornou dificultoso o estabelecimento de premissas imutáveis, herdadas da verdade metafísica. A dificuldade em estabelecer premissas inquestionáveis, por sua vez, trouxe questionamentos acerca do método lógico dedutivo de argumentação.

Para Stephen Toulmin (2006), a simplicidade do esquema de premissas aristotélicas se mostra insuficiente para o estabelecimento de graus de confirmação de uma narrativa empírica na atualidade. Não é o caso de se abandonar o sistema de argumentação lógico dedutivo, inegavelmente útil, mas seria necessário sofisticar o *layout* argumentativo para melhor alcançar a complexidade do real. Os esquemas excessivamente simples podem ignorar ou confundir elementos diversos da equação.

Temos o hábito, desde Aristóteles, ao analisar a microestrutura dos argumentos, de apresentá-la de modo muito simples; apresentam-se juntas

⁷⁷ Tradução livre: "por provas jurídicas nos referimos tanto aos fatos e sua interpretação (como evidências), como à argumentação que se dá sobre ditas evidências para se chegar a uma conclusão."

três proposições, “premissa menor, premissa maior; *portanto*, conclusão”. Nosso problema agora é saber se esta forma padrão é suficientemente elaborada ou imparcial. É claro que a simplicidade é um mérito, mas, neste caso, a simplicidade não nos terá custado demais? (TOULMIN, 2006, p. 137-138)

Nessa senda, William Twining (2006, p. 272) critica a utilidade do método silogístico para os casos mais difíceis, em que a controvérsia alcança a formulação e interpretação das premissas, bem como a categorização dos fatos da causa na premissa menor, embora não descarte a adequação do silogismo para casos de solução mais fácil:

*This model of legal reasoning has often been dismissed as ‘mechanical’ jurisprudence, because most problems of interpretation arise in relation to doubts about the formulation and precise interpretation of the major premiss (R) and the categorization of the facts in the minor premise (F). However, this is precisely the form in which justifications for decisions in ‘easy’ or ‘clear’ cases can be rationally reconstructed.*⁷⁸

Propõe-se, portanto, uma forma mais ampla de argumentação que, sem abandonar completamente o método lógico-dedutivo, adote outros critérios que melhor possam embasar as decisões ou arrazoados processuais, não com base em premissas definitivas, mas provisórias ou prováveis, embora racionalmente demonstráveis. Trata-se de ampliar a metodologia utilizada, como salienta D’Onofrio (2016, ePub):

*Así, la dialéctica parecería distinguirse del procedimiento de la analítica al ampliar su metodología operativa, pues no ganamos nada basando nuestros juicios exclusivamente en la estricta lógica deductiva — a pesar de la certeza apodíctica del resultado—. Sin embargo, se pretende lo mismo que en la lógica, esto es, el asentimiento racional, pero dando espacio a los razonamientos no silogísticos.*⁷⁹

Verifica-se, destarte, que o declínio da realidade metafísica levou à fragilização das certezas, que estão na base do método silogístico ou lógico-dedutivo, afinal, nesse método, para se alcançar o resultado preciso, as premissas teriam quer ser tidas como verdades fora de qualquer discussão. Não foi propriamente a metodologia

⁷⁸ Tradução livre: “Este modelo de raciocínio jurídico tem sido frequentemente rejeitado como jurisprudência “mecânica”, porque a maioria dos problemas de interpretação surge em relação às dúvidas sobre a formulação e interpretação precisa das principais premissas (R) e a categorização dos fatos na premissa menor (F). No entanto, esta é precisamente a forma em que a fundamentação para decisões em casos “fáceis” ou “claros” pode ser racionalmente reconstruída.”

⁷⁹ Tradução livre: “Assim, a dialética parece distinguir-se do procedimento analítico expandindo sua metodologia operativa, uma vez que nada ganhamos baseando nossos julgamentos exclusivamente na lógica dedutiva estrita - apesar da certeza apodíctica do resultado. Entretanto, pretende-se o mesmo que na lógica, isto é, assentimento racional, mas dando espaço ao raciocínio não-silogístico.”

analítica que restou prejudicada, mas a concepção ontológica por trás do método. A possibilidade de a realidade vir a ser conhecida e traduzida de forma dogmática (irrefutável) não mais corresponde ao estágio atual do conhecimento, pelas razões já declinadas, que romperam com a lógica cartesiana, fazendo surgir o pensamento complexo.

A provisoriedade do conhecimento e a falseabilidade das hipóteses impõem que todos os argumentos sejam dialéticos, como ressalta D'Onofrio (2016, ePub):

*Además, si descartamos el realismo metafísico como fundamento de la verdad, no nos queda sino argumentar partiendo de premisas plausibles, aceptadas, y muchas veces solo probables. Nuestros juicios podrían adquirir la forma deductiva que tanto se utiliza en las cortes, pero la sustentación de las premisas sería muy pocas veces deductiva. Todos nuestros argumentos resultan ser, hoy en día, argumentos dialécticos.*⁸⁰

Resta claro, portanto, que o fato “bruto” não pode justificar nada, não pode servir de fundamentação para conclusão alguma. Uma justificativa é sempre uma crença com base na representação dos fatos. Assim, uma crença somente pode se fundamentar em outra crença (premissa) tida como verdadeira, ainda que se trate de uma verdade provisória ou apenas provável. Necessário, contudo, que entre a crença-premissa e a crença-conclusão exista uma conexão lógica. O fato cuja representação mental seja objeto de uma deve estar ligado ao que constitui objeto da outra.

Segundo lição de Marcelo Lima Guerra (2015, p. 67),

Com efeito, para que uma crença em determinado fato justifique a crença em outro fato é necessário a existência de alguma ligação entre os dois fatos, de forma que sempre que um ocorra, o outro também venha (ou tenda) a ocorrer (mesmo que apenas em um espectro de situações limitado).

Para o autor citado, a crença seria predisposição para agir de determinada maneira, em relação a determinado objeto, em dado contexto. Destarte, a construção do argumento passa pelo estabelecimento de certas crenças que funcionarão como premissas de outras crenças (conclusões), sendo qualquer delas passível de questionamento, assim como pode ser questionada a própria regra de inferência (generalização) que conduz o raciocínio da crença-premissa à crença-conclusão.

⁸⁰ Tradução livre: “Além disso, se descartamos o realismo metafísico como fundamento da verdade, só podemos argumentar com base em premissas plausíveis, aceitas e, muitas vezes, apenas prováveis. Nossos julgamentos poderiam adquirir a forma dedutiva que é muito usada nos tribunais, mas o apoio das premissas seria muito raramente dedutivo. Todos os nossos argumentos acabam sendo, hoje em dia, argumentos dialéticos.”

Desse modo, o elemento de ligação entre a crença-premissa e a crença-conclusão é necessariamente a generalização empírica de algo. A essa generalização podem ser opostas refutações que irão minar sua força enquanto elemento fundamental de justificação da conclusão.

Essas observações são fundamentais, uma vez que, no campo judicial, em que se lida com fatos da realidade empírica, é bastante improvável que se possa obter justificações dedutivas, em sentido estrito. Simplesmente, toda e qualquer generalização que possa ser utilizada, nos argumentos com os quais se busca justificar crenças judiciais, são passíveis de exceções, assim como a própria legitimidade dessas generalizações podem ser questionadas. (GUERRA, 2017, p. 71).

Mais adiante, o jurista reforça a complexidade do esquema argumentativo, na medida em que a premissa utilizada para determinada conclusão seria, ela própria, conclusão de outra premissa que, por sua vez, também funcionaria como conclusão. Aqui, vale recordar que o perigo de regresso ao infinito será tangenciado pela adoção de postura falibilista, invertendo-se o “porquê” para aquele que questionar, desde que se tenha atingido determinado grau de confirmação da narrativa (no âmbito cível, quando a narrativa é “mais provável do que não”, ou, no criminal, quando a questão foi provada “para além de qualquer dúvida fundada”).

Por isso mesmo, na ‘vida real’, dificilmente se tem meros argumentos individuais para defender uma crença ou um ponto de vista qualquer. Ao contrário, o mais comum é que a defesa de uma ideia qualquer se faça através de um encadeamento de argumentos, e que a conclusão principal ou final é defendida por uma premissa, a qual é por sua vez defendida como conclusão de outro argumento que se vale de outra premissa, a qual por sua vez é defendida como conclusão de outro argumento, que se vale de ainda outra premissa. (GUERRA, 2017, p. 73).

As partes “oferecem” ao juiz justificativas (crenças) que pretendem sejam adotadas como razão de decidir. Para tanto, cabe-lhes reforçar com o máximo de argumentos (outras crenças) sobre fatos relevantes para o julgamento da causa. A força probatória de uma crença está relacionada com a sua aptidão (maior ou menor) para justificar conclusão sobre tais fatos, de forma objetivamente justificável, independentemente da “captura psíquica” do julgador.

Aqui, importa distinguir a crença racionalmente justificada do argumento meramente persuasivo. A persuasão é capaz de obter a captura psíquica daquele a quem ela se dirige, ainda que não apresente racionalidade nos seus fundamentos. Um discurso persuasivo, muita vez, pode fundar-se em falácias, temores e

preconceitos, que não serviriam como regra válida de inferência, mas que, no campo da ação estratégica, pode ser bastante eficaz.

Desse modo, o papel central da prova-argumento não pode estar vinculado (pura e simplesmente) à persuasão, enquanto captura psíquica do juiz. Aliás, o magistrado consciente do seu papel deve exercer autocrítica suficiente para mitigar o risco do “decisionismo”, ou seja, da tomada de decisões baseadas em elementos que não é capaz de justificar de forma objetiva e racional, à luz da prova produzida e do direito vigente. Por mais que tenha uma crença arraigada, o magistrado deve decidir contrariamente a ela caso vá de encontro à prova-argumento que se mostre mais confiável. Assim como o cientista, o órgão judiciário deve ser falibilista, pois somente dessa forma haverá contraditório substancial, com efetiva possibilidade de influência das partes sobre o julgamento.

Há diferença relevante entre aquilo que se crê e aquilo que, à vista dos elementos de prova existentes, se aceita como demonstrado. Destarte, a crença pode ser considerada algo que ocorre inconscientemente ao indivíduo, sem que ele próprio tenha como explicar o processo psicológico que culminou na sua formação. Por outro lado, o sujeito cognoscente terá sempre a capacidade crítica para afastar tais crenças, quando não amparadas nas evidências, ainda que tão somente para o efeito de adotar uma determinada resolução, como o juiz, ao proferir uma sentença contrária à sua íntima convicção.

Na obra intitulada “Um Ensaio sobre Crença e Aceitação”, Cohen (1992) trata da capacidade humana de deliberar contrariamente a crenças e desejos involuntariamente arraigados, o que reforça a conclusão supra sobre a possibilidade de decisão judicial divorciada da crença íntima do julgador:

So, in normal people, while desires are intrinsically about as passive and involuntary as beliefs, they do have counterpart proattitudes that are as active and voluntary as acceptances. Among such active and voluntary counterparts of desires are the mental attitudes that consist in having such-or-such goals, aims, ends, objectives, plans, intentions, or policies. Indeed, these are the very attitudes in virtue of which we indulge or suppress our desires at will, just as we select beliefs at will to be the accepted premisses for our proofs, argumentations, inferences, and deliberations or reject them as unsuitable for the purpose. ⁸¹ (COHEN, 1992, p. 44).

⁸¹ Tradução livre: “Assim, em pessoas normais, embora os desejos sejam intrinsecamente tão passivos e involuntários quanto às crenças, eles têm projeções de contrapartida tão ativas e voluntárias quanto as aceitações. Entre essas contrapartidas ativas e voluntárias de desejos estão as atitudes mentais

Enxergar a prova como argumento meramente (ou preponderantemente) persuasivo coloca em xeque toda a racionalidade do sistema, na medida em que o *estar persuadido* é um estado puramente psíquico do indivíduo, um estado interior que não pode ser analisado sob critérios objetivamente válidos⁸² e juridicamente relevantes. O estado de persuasão sequer pode ser classificado como verdadeiro ou falso, pois, assim como os fatos, apenas existe (quando o sujeito está persuadido) ou não existe (quando não o está).

Nessa linha de raciocínio, são as ponderações de Michele Taruffo (2015, p. 62-63):

*Dado que la persuasión de un sujeto respecto a cualquier cosa es de hecho un estado psicológico y nada más, la prueba puede ser cualquier cosa que hubiese incluido en la formación de este estado psicológico y tiene valor en la medida en que haya producido ese efecto, no por otras razones. Por otra parte, la persuasión puede deberse a cualquier causa, no sólo a la producción de pruebas en sentido estricto, por lo que resulta más tiempo ocioso preguntarse en el plano teórico que és una prueba. Todo el problema se reduce a constatar ex post se el juez está o no persuadido de la verdad o falsedad de un enunciado.*⁸³

O acatamento de argumentos *puramente* retóricos como razão de decidir configuraria, em última análise, negação do próprio dever de fundamentação das decisões judiciais, pois frustraria o seu desiderato jurídico-político, seja por dificultar a impugnação (ou acatamento) do ato decisório pelas partes, seja por comprometer as formas legítimas de controle social sobre o exercício do poder. A persuasão por meio dos argumentos é válida quando busca o *assentimento racional* do destinatário, não a pura adesão por razões íntimas, desconhecidas ou incompreensíveis. Com efeito, *“no se convence solo por persuasión retórica; se convence por una argumentación racional que pretende probar una conclusión sobre la base de evidencias (pruebas)*

que consistem em ter tais ou tais objetivos, metas, fins, objetivos, planos, intenções ou políticas. De fato, essas são as mesmas atitudes em virtude das quais nós acolhemos ou reprimimos nossos desejos à vontade, assim como selecionamos as crenças à vontade como premissas aceitas para nossas provas, argumentações, inferências e deliberações, ou as rejeitamos como impróprias para o propósito.”

⁸² A naturalização da mente humana, vale lembrar, não apresenta elementos cientificamente válidos a seu respeito, como foi brevemente tratado no presente estudo.

⁸³ Tradução livre: “Uma vez que a persuasão de um sujeito em relação a qualquer coisa é, na verdade, um estado psicológico e nada mais, a prova pode ser qualquer coisa que tenha incluído na formação desse estado psicológico e tenha valor na medida em que produziu esse efeito, não por outras razões. Por outro lado, a persuasão pode ser devida a qualquer causa, não apenas à produção de evidência no sentido estrito, de modo que é ocioso perguntar-se, em um nível teórico, que é uma prova. Todo o problema é reduzido a verificar ex post se o juiz é ou não persuadido da verdade ou falsidade de um enunciado.”

que, a su vez, han sido aceptadas como puntos de partida de la discusión racional.” (D’ONOFRIO, 2016, ePub).

Para Susan Haack (2014, ePub), a força argumentativa que suporta determinada conclusão tem relação direta com a qualidade (e abrangência) da prova produzida e dos argumentos que, com base nessa prova, são construídos e apresentados no debate:

In brief summary: how warranted a claim is depends on the quality of the evidence—experiential evidence and reasons—with respect to that claim. What makes evidence with respect to a claim better or worse is: (i) how supportive the evidence is; (ii) how secure the reasons are, independent of the claim at issue; and (iii) how comprehensive the evidence is, i.e., how much of the relevant evidence it includes. Evidence may support a claim, or undermine it, or do neither ⁸⁴.

Desse modo, entende-se necessário demonstrar argumentativamente a ligação entre a evidência (prova) e a conclusão sobre os fatos relevantes da causa. Essa ligação é feita por uma regra de inferência (*warrant*), e aqui reside talvez o ponto mais relevante da fundamentação, pois, a depender da qualidade dessa “ponte” argumentativa, que consiste em uma generalização, a conclusão será aceita ou refutada com maior facilidade.

A generalização (regra de inferência) nem sempre está fundada em normas de aceitação universal. É frequente que venha embasada em regras de experiência comum sem o grau mínimo de respaldo científico ou empírico. Aliás, embora o senso comum não possa ser desprezado na argumentação, o seu uso irrefletido como regra de inferência (elo entre a prova e a conclusão) pode ser causa frequente de erros de julgamento.

As generalizações, segundo a explicação metafórica de Déirdre Dwrey (2008, p. 60), atuam como uma “cola” que une elementos argumentativos que, a permanecerem soltos, seriam incapazes de justificar racionalmente qualquer conclusão (hipótese). Segundo ele, um fato não pode levar a outro fato senão por meio de uma ou mais generalizações, nem mesmo o choque entre duas bolas de

⁸⁴ Tradução livre: “Resumindo: o modo como uma alegação é justificada depende da qualidade das evidências - evidências e razões experienciais - com relação a essa alegação. O que torna a prova melhor ou pior, com relação a uma alegação, é: (i) como a prova a apoia; (ii) quão seguras são as razões, independentemente da alegação em questão; e (iii) quão abrangente é a prova, ou seja, quanto de elementos relevantes sobre a alegação ela inclui. A prova pode apoiar uma alegação, ou miná-la, ou não fazer nenhum.”

bilhar pode ser racionalizado sem recurso às leis da física, que, antes de mais nada, são generalizações:

Generalizations are the 'glue' that holds our arguments together, or the force that allows us to move from one set of facts to another. Two facts cannot combine together on their own to for man inference, without the assistance of a generalization. Even if we were to observe a moving blue billiard ball strike a red billiard ball at rest, and the red billiard ball then move off, the inference that the red billiard ball's movement was caused by contact with the blue billiard ball requires the application of one or more generalizations that we might place under categories concerning 'laws of physics' and 'causation' ⁸⁵. (DWREY, 2008, p. 60).

Embora algumas generalizações se baseiem em regras científicas, metodologicamente testadas, outras decorrem de experiências vulgarizadas no seio da sociedade, sem confirmação científica, e formam o senso comum. Outro gênero de inferência decorre da experiência pessoal de quem interpreta os fatos, sem ressonância coletiva. Entrementes, a força da inferência probatória deve variar conforme sua maior ou menor aceitação racional.

Sobre o uso de *warrants* fracas, que não passam pelo filtro da racionalidade e que, em razão disso, podem refletir juízos apriorísticos permeados por preconceitos e falsas premissas, leciona Taruffo (2016, p. 81):

Essa impressão é, entretanto, falaciosa, pois em muitos casos as noções formuladas nas máximas de experiência não exprimem qualquer generalização fundada em alguma base cognoscitiva; ao invés disso, exprimem nada mais do que lugares-comuns, preconceitos e estereótipos, consolidados em alguma medida no senso comum (que não correspondem, contudo, a qualquer conhecimento efetivo de algo).

Aqui, cabe reforçar o risco para a aplicação do direito, decorrente da ideia de múltiplas verdades. Toda coletividade tem crenças alicerçadas em generalizações nunca demonstradas (ou sequer demonstráveis) empiricamente. Tais crenças, que muitas vezes (equivocadamente) oferecem juízos de valor como se fossem fatos (DWREY, 2008), podem ser facilmente aceitas no processo judicial sob a premissa de que há múltiplas verdades e que, nesse contexto plural, pareceria razoável aceitar como verdadeiro aquilo que encontra amparo no senso comum. Trata-se de injustificável “desvio argumentativo”, fortemente ligado ao sentido pragmático de

⁸⁵ Tradução livre: “Generalizações são a ‘cola’ que mantém nossos argumentos juntos, ou a força que nos permite passar de um conjunto de fatos para outro. Dois fatos não podem se combinar sozinhos para a inferência humana, sem a ajuda de uma generalização. Mesmo se observarmos uma bola de bilhar azul em movimento bater em uma bola de bilhar vermelha em repouso e a bola de bilhar vermelha se afastar, a inferência de que o movimento da bola de bilhar vermelha foi causada pelo contato com a bola de bilhar azul requer a aplicação de uma ou mais generalizações que poderíamos colocar sob categorias relativas às ‘leis da física’ e ‘causalidade’.”

verdade como persuasão, inaceitável sob a ótica deste trabalho. Para quem deseja persuadir, é obviamente mais fácil utilizar o senso comum, mesmo quando preconceituoso e irracional.

Stephen Toulmin (2006, p. 141), ao discorrer sobre a estrutura do argumento (o seu *layout*), deixa clara a relevância do que chama de *warrant* (garantia), que é a ponte de ligação entre os dados (*data*) e a conclusão. Essa “ponte” é uma regra de inferência, uma generalização, como fica evidente no seguinte trecho: “Nesse ponto, portanto, precisa-se de afirmações gerais, hipotéticas, que sirvam como pontes, e autorizem o tipo de passo com o qual nos comprometemos em cada um dos nossos argumentos específicos.” E, mais adiante, afirma: “Chamarei as proposições desse tipo de garantia (W), para distingui-las, por um lado, das conclusões, e, por outro, dos dados.”

A força da narrativa derivará, portanto, da prova dos fatos relevantes para a causa, da regra de inferência que liga a prova à conclusão, mas, também, da quantidade e qualidade das refutações possíveis a essa conclusão. No campo dos argumentos não dedutivos, a existência de refutação não invalida de plano a conclusão, porém, mitiga o seu grau de confirmação, impondo o uso de qualificativos como *provavelmente*.

A construção da regra de inferência, que serve de ponte entre a prova e a conclusão (hipótese), apresenta-se naturalmente complexa, pois, via de regra, é produto de várias inferências probatórias parciais (LAGIER, 2006). Diversas provas podem contribuir para a construção da regra de inferência, servindo cada uma delas para a construção de um elo da cadeia inferencial. Sobre a autoria de um crime de furto mediante arrombamento, por exemplo, a testemunha “X” afirma que o acusado foi visto próximo ao local do fato, no horário aproximado da ocorrência. A testemunha “Y”, por sua vez, afirma que o viu saindo em disparada do local naquele mesmo horário aproximado. Uma terceira testemunha “Z” diz ter visto o réu sair de casa, na noite do fato, portando um “pé de cabra”, objeto que foi posteriormente apreendido em seu poder. Por fim, a prova pericial identifica que a porta do estabelecimento cedeu ao ser forçada com objeto compatível com um “pé de cabra” e que no interior do estabelecimento havia registros das digitais do denunciado, inclusive na porta de ferro que somente é utilizada durante a noite, para fechar o imóvel.

No exemplo proposto, uma sequência de provas foi capaz de produzir uma

série de inferências parciais que, em conjunto, conduzem à conclusão de que o réu, de fato, cometeu o delito que lhe é imputado (hipótese), mediante arrombamento da porta do estabelecimento, mediante uso de um “pé de cabra”. Observe-se que cada uma das provas (dados), se tomadas isoladamente, não seriam capazes de fornecer um discurso objetivamente consistente para justificar a condenação do réu. Portar um pé de cabra à noite não significa muito; estar próximo do local de um crime, idem. Alguém ter suas impressões dactiloscópicas gravadas na porta de um estabelecimento comercial aberto ao público seria algo considerado trivial. Ocorre que a soma de todos esses dados probatórios e, conseqüentemente, das regras de inferência parciais a elas relacionadas, é que tem a capacidade de criar uma generalização segura a ponto de suplantar a presunção de inocência e justificar a condenação do réu.

É certo que as situações da vida real são muito mais complexas do que qualquer exemplo doutrinário. Refutações poderão surgir (aliás, é comum que surjam), hipóteses concorrentes contarão com dados e regras de inferência robustas o suficiente para, eventualmente, colocar em xeque a hipótese inicialmente aventada. O mais importante, contudo, é que a estrutura de cada inferência probatória seja esquadrihada e que sejam expostos à crítica argumentativa todos os seus elementos (dados, hipótese, regra de inferência e suporte).

Sobre a análise crítica de cada um dos elementos do *layout* argumentativo, como forma de garantir a racionalidade da argumentação, Lagier (2006) defende a existência de certos critérios ou parâmetros de análise. O fato probatório/dado deve ser confiável e preciso. A confiabilidade dos meios de prova utilizados pode alcançar diferentes patamares no caso concreto e, assim, ter diferentes pesos na construção da inferência probatória. A afiançabilidade da palavra de uma testemunha, por exemplo, pode variar em razão de diversos fatores, como sua condição de saúde, seu histórico de vida, sua religião, suas relações com as partes; um documento, por outro lado, a depender de quando e por quem foi confeccionado, do estado do seu suporte físico (se houver) e de outros elementos, pode comportar graus diferentes de confiabilidade. Algumas vezes, o fato probatório (dado) é produto de uma cadeia de inferências, o que pode dar margem para maiores questionamentos e refutações. Desse modo, todas as circunstâncias e vicissitudes capazes de influenciar na precisão e confiabilidade dos elementos de prova devem ser analisadas e argumentadas.

Outro critério proposto por Lagier (2006) sobre os dados ou fatos probatórios é

o da sua suficiência, no que parece convergir com o ensinamento de HAACK (2014), que, por seu turno, utiliza o termo abrangência (*comprehensiveness*). Normalmente, uma quantidade maior de provas no mesmo sentido é capaz de conferir grau mais elevado de confirmação, pois tem a potencialidade para construir um maior número de inferências parciais. Vale salientar, contudo, que essa máxima nem sempre é aplicável, pois, algumas vezes, um único dado probatório pode ser mais confiável do que uma miríade de elementos de prova, a depender do tipo de prova utilizado e da situação específica que constitui seu objeto. Um laudo de exame de vínculo genético, por exemplo, em uma disputa que envolve direito de família, tem precisão, abrangência e confiabilidade superior à prova testemunhal, por mais extenso que seja o rol de pessoas aptas a depor. Porém, se a causa de pedir envolve a relação de afetividade entre os supostos pai e filho, o exame de DNA terá pouca ou nenhuma valia, sobrepondo-se, nesse caso, os depoimentos acerca da relação intersubjetiva das partes.

A variedade de elementos de prova também é importante. Espécies diferentes de prova que apontam no mesmo sentido, via de regra, parecem mais confiáveis do que apenas um tipo de prova. É o caso, por exemplo, quando se tem testemunhas, apreensão de objetos, interceptação de conversas telefônicas e acesso a dados arquivados em equipamento eletrônico de uso pessoal, e todos apontam para a prática de uma determinada conduta relevante para a causa. A refutação da inferência probatória, nesses casos, demanda bem mais esforço pela parte adversa do que seria necessário para desconstruir argumento montado com base em apenas um desses meios.

A regra de inferência ou garantia (*warrant*), elemento chave do *layout* argumentativo, merece especial atenção. Como leciona Lagier (2006), impõe-se que seja sólida, apta a servir de ponte segura entre os dados (elementos de prova) e a conclusão (hipótese). A regra de inferência, enquanto elemento da prova-argumento, consiste necessariamente em uma generalização, que, comumente, confunde-se com as máximas de experiência⁸⁶ produzidas por indução ampliada, a partir de fatos concretos.

A análise crítica da *warrant* exige demonstração de como teria sido construída a generalização, se estaria alicerçada em elementos cognoscitivos cientificamente

⁸⁶ As presunções seriam máximas de experiência institucionalizadas.

válidos ou, por outro lado, se estaria eivada de juízos preconceituosos e não racionais. A construção de pontes inferenciais *ad hoc*, forjadas exclusivamente para atender à necessidade de demonstração do caso específico sob julgamento, sem amparo em outros dados empíricos, deve ser rechaçada.

A regra de inferência, mesmo quando hígida de per si, pode ter maior ou menor força relativamente à conclusão por ela sustentada. Nessa ótica, trata-se de avaliação causal (LAGIER, 2006), capaz de presidir raciocínio lógico que vincule os fatos probatórios (elementos de prova) ao resultado pretendido (hipótese que se pretende confirmar), ligando-os pela causalidade. Sob essa ótica de probabilidade lógica, o vínculo entre a ponte inferencial e a conclusão por ela sustentada comporta diferentes graus. Consequentemente, a relação entre a máxima de experiência utilizada como *warrant* e a hipótese defendida comporta qualificativos diversos, como “provavelmente”, “necessariamente” e outros, a depender do maior ou menor grau de sustentação.

A sujeição dos elementos estruturais do argumento à crítica (seja isoladamente ou na relação de pertinência que devem manter entre si) confere racionalidade à argumentação, que, ressalte-se, é incompatível com “pontos cegos” ou “verdade auto-evidentes” (MARTINS, 2013). Nesse sentido, Habermas (1999, p. 28) afirma que: *“Para la racionalidad de la manifestación es esencial que el hablante plantee en relación con su enunciado p uma pretensión de validez susceptible de crítica que pueda ser aceptada o rechazada por el oyente.”*⁸⁷ Mais adiante, o filósofo complementa:

*En los contextos de comunicación no solamente llamamos racional a quien hace una afirmación y es capaz de defenderla frente a un crítico, aduciendo las evidencias pertinentes, sino que también llamamos racional a aquel que sigue una norma vigente y es capaz de justificar su acción frente a un crítico interpretando una situación dada a la luz de expectativas legítimas de comportamiento.*⁸⁸ (HABERMAS, 1999, p. 33).⁸⁹

⁸⁷ Tradução livre: "Para a racionalidade da manifestação, é essencial que o falante apresente, em relação à sua afirmação, uma pretensão de validade suscetível de críticas que possam ser aceitas ou rejeitadas pelo ouvinte".

⁸⁸ Tradução livre: "No contexto da comunicação, não chamamos apenas uma pessoa racional que faz uma afirmação e é capaz de defendê-la diante de um crítico, citando a evidência pertinente, mas também chamamos de racional aquele que segue uma norma atual e é capaz de justificar sua ação diante de um crítico interpretando uma dada situação à luz de expectativas legítimas de comportamento."

⁸⁹ Ressalte-se, contudo, que Habermas (1999, p. 37) associa a força do argumento à sua capacidade de convencer, não necessariamente na existência de elementos objetivos que o suportam, como se depreende da seguinte passagem da obra citada: *“La fuerza de una argumentación se mide en un contexto dado por la pertinencia de las razones. Esta se pone de manifiesto, entre otras cosas, em si*

No tocante à hipótese, será tão mais forte quanto menos refutações houver ou o quanto melhor subsistir a elas. Ocorre que (na complexidade da vida real) comumente existem diversas hipóteses concorrentes entre si e não é possível excluir completamente qualquer delas, senão mitigar a sua força. Com efeito, a seleção da hipótese prevalente deve constar de fundamentação clara e objetiva quanto ao critério de prevalência de uma sobre as outras, observados os critérios anteriormente referidos, quanto aos demais elementos da argumentação.

A consistência de cada um dos elementos da argumentação e do conjunto harmonioso que eles formam é capaz de alterar o ônus da prova no decorrer do processo, de forma dinâmica, independentemente do ônus subjetivo disciplinado pelo direito positivo. O assunto será objeto do próximo subtítulo.

4.1 Argumentação e dinâmica do ônus da prova

Discorrer sobre ônus da prova judicial exige prévia classificação do tipo de diálogo que se estabelece no processo, pois, em algumas espécies do diálogo, sequer faz sentido tratar desse tema. Seria o caso, por exemplo, dos diálogos deliberativos, em que os envolvidos, em comunhão de esforços, pretendem chegar a uma resolução acerca de determinado tema, sem necessariamente estabelecerem proposições iniciais antagônicas, a serem demonstradas ou refutadas. Nesse caso, as hipóteses são construídas, confirmadas ou refutadas no curso da argumentação. O mesmo ocorre com os diálogos de descoberta (“discovery dialogs”), em que os participantes buscam conhecer algo conjuntamente, sem formulação de proposições iniciais e sem necessariamente haver antagonismo entre eles. Salvo quando tais espécies de diálogo se convertem em outra durante a interlocução, não faria sentido algum se falar em ônus da prova (WALTON, 2014)

O ônus da prova somente tem lugar quando as partes envolvidas no diálogo pretendem demonstrar o acerto de narrativas fática, a fim de que estas prevaleçam ao final, inclusive, quando o caso, sobre narrativas concorrentes opostas pela outra parte. É o que ocorre nos diálogos persuasivos (“*persuasive dialog*”) e nos

la argumentación es capaz de convencer a los participantes en un discurso, esto es, en si es capaz de motivarlos a la aceptación de la pretensión de validez en litigio.”

investigatórios (“*inquiry dialogs*”). Em ambos, são fixadas proposições iniciais acerca das quais deverão ser produzidas provas capazes de demonstrar sua veracidade ou de infirmá-las. Sobre o tema, Walton (2014, *ePub*) destaca a diferença e a semelhança entre esses dois modelos de diálogo, à luz do estandar e do ônus da prova:

One difference between burden of proof in inquiry and persuasion dialogues is that the standard of proof generally needs to be set much higher in the inquiry type of dialogue. A similarity between the two types of dialogue is that the burden of proof, including the standard of proof, is set at the opening stage.⁹⁰

Não é exatamente a busca pela verdade que impõe a presença do ônus da prova, mas a “competição” entre argumento e contra-argumento, entre hipótese, refutação e hipótese concorrente. Com efeito, o ônus da prova é imposto pela necessidade de se estabelecer qual narrativa empírica deve prevalecer ao final do diálogo. Nas situações em que inexiste a necessidade de consagração da narrativa vencedora, não se faz necessário o estabelecimento do ônus da prova.

O debate processual é marcado por enunciados apofânicos, lançados pelos interlocutores com a pretensão de serem aceitos como verdadeiros. Tais enunciados, desde que relevantes para causa, devem ser classificados ao final como verdadeiros ou falsos (no todo ou em parte). A competição que se estabelece no processo impõe a distribuição do ônus de demonstrar o acerto das narrativas.

A atividade probatória, após esgotados os meios de prova disponíveis, juridicamente viáveis e epistemologicamente pertinentes, pode não resultar na confirmação das hipóteses fáticas relevantes para o processo, de acordo com o parâmetro de confirmação adotado.

No campo filosófico ou científico, as questões estudadas podem permanecer em aberto por tempo indeterminado, sujeitas ao debate permanente, até que, diante de elementos empíricos e teóricos suficientes, venha a ser demonstrado o acerto ou desacerto de determinada tese, ainda que em caráter provisório.

⁹⁰ Tradução livre: “Uma diferença entre o ônus da prova no diálogo investigatório e no diálogo persuasivo é que o estandar de prova geralmente precisa ser mais elevado no diálogo do tipo investigatório. Uma semelhança entre os dois tipos de diálogo é que o ônus da prova, inclusive o seu estandar, é posto no estágio inicial.”

No processo judicial, contudo, as coisas se dão de modo diferente, pois, como anteriormente ressaltado, entre os diversos constrangimentos a que este se sujeita, há o imperativo temporal: o processo não pode permanecer eternamente em aberto, até que novos meios de prova surjam, que o estado da técnica evolua ou simplesmente que as partes resolvam indicar os elementos de prova necessários.

A comprovação das hipóteses relevantes para o julgamento da causa não pode aguardar indefinidamente por evento futuro e incerto. Por outro lado, há um princípio geral do processo que impõe ao órgão julgador a emissão de um provimento final conclusivo acerca da questão *sub judice*, é dizer, não pode haver negativa de jurisdição (*non liquet*) por falta de prova.

Nessa senda, Taruffo (2016, p. 258) leciona:

No âmbito da pesquisa científica a incerteza é frequente, sendo a solução postergada até o momento em que se dispõe de provas suficientes, ou hipóteses diferentes são formuladas. No processo as coisas são diferentes: por um lado, *interest reipublicae ut sit litium* e, portanto, a decisão não pode ser protelada indefinidamente, na esperança de que alguma prova ulterior venha a resolver a dúvida (note-se, todavia, que mesmo se no processo todas as provas relevantes fossem produzidas, como deveria ser, essa esperança continuaria a ser infundada); por outro lado, nos sistemas processuais modernos o juiz não pode limitar-se a pronunciar um *non liquet*, devendo de qualquer modo resolver a incerteza, decidindo definitivamente a controvérsia.

Diante dessa peculiaridade, o ônus da prova ganhou extrema relevância nos ordenamentos jurídicos, ora como regra de procedimento, ora como técnica de julgamento da causa. A regra de procedimento consiste em definir previamente a quem cabe provar os fatos relevantes da causa. A distribuição do ônus pode ser fixada estaticamente pelo legislador, sem possibilidade de alteração por consenso das partes ou por ato do juízo, como pode ser estabelecida de modo dinâmico, autorizando-se às partes a formulação de negócios jurídicos processuais a seu respeito, bem como ao próprio órgão julgador alterar o ônus subjetivo da prova, desde que preenchidos determinados requisitos especificados na lei.⁹¹

Quando não há prova suficiente acerca de determinadas narrativas relevantes para o julgamento do feito, o ônus da prova atua como técnica de julgamento, pois o magistrado terá que imputar as consequências desse vácuo (*gap*) probatório a uma

⁹¹ O Código de Processo Civil nacional de 2015 fixou o ônus subjetivo da prova nos termos da lei revogada, porém, criou a possibilidade de distribuição dinâmica, quando preenchidos os requisitos especificados (art. 373, §1º), além de ter conferido amplos poderes negociais às partes (art. 373, §3º, I e II).

das partes, já que, como dito, não pode negar jurisdição ou suspender o feito até que, em data futura e incerta, haja condições adequadas de produção de outros meios de prova até então desconhecidos pelo juízo.

As regras de distribuição do ônus da prova estão situadas no plano ético-normativo, decorrem de escolhas feitas pelo legislador de cada país. Por essa razão, é possível haver tratamentos díspares do tema nos diversos ordenamentos processuais vigentes, inclusive no mesmo Estado, em diferentes épocas, como é próprio do plano estritamente legislativo.

Alguns ordenamentos jurídicos estabelecem regras gerais, aplicáveis à generalidade dos casos, e regras específicas, que afastam a incidência das primeiras, como é o caso do Brasil, em que a despeito da existência de regras gerais, é possível que, na situação concreta, à vista de certos requisitos, haja distribuição diversa por determinação judicial (*ope judicis*) ou por convenção das partes. Alguns países, por outro lado, nada preveem expressamente a esse respeito, como observa Taruffo (2008, p. 148) :

Tampoco en los sistemas de common law hay reglas generales explícitas sobre la carga de la prueba. En Inglaterra, sin embargo, el criterio geral que parecen aplicar normalmente los tribunales es semejante al principio vigente em los sistemas de civil law. Al margen de algunas disposiciones legales especiales, el demandante debe probar los hechos que sustentan su pretensión e el demandado debe probar los hechos que sustentan su defensa. En Estados Unidos, la situación es diferente, porque no parece aplicarse ningun criterio uniforme y general.⁹²

Por outro lado, a despeito das escolhas legislativas, que podem variar no tempo e no espaço, o tema pode (e deve) ser analisado sob a prespectiva lógico-jurídica. Independentemente do tratamento legislativo dispensado à matéria, a prova-argumento, enquanto resultado da atividade probatória, não se forma de modo instantâneo, em determinado momento da cronologia processual, quando o juiz declara formalmente encerrada a instrução. Há, pelo contrário, uma dinâmica própria no decorrer da instrução processual, de modo que a prova-resultado ganha corpo ao

⁹² Tradução livre: “Nem nos sistemas de *common law* há regras gerais explícitas sobre o ônus da prova. Na Inglaterra, no entanto, o critério geral que os tribunais normalmente parecem aplicar é similar ao princípio vigente nos sistemas de *civil law*. Além de algumas disposições legais especiais, o autor deve provar os fatos que apóiam sua reivindicação e o réu deve provar os fatos que apóiam sua defesa. Nos Estados Unidos, a situação é diferente, porque nenhum critério uniforme e geral parece se aplicar.”

longo do *iter* processual, à medida que as várias inferências probatórias parciais são postas a partir dos elementos de prova colhidos.

Após afirmar a existência de pelo menos dois diferentes tipos de ônus da prova, Walton (2014) esclarece que o primeiro, a que chama “burden of persuasion” (ônus de persuasão), é fixado pelo legislador previamente ao início da disputa judicial, e não sofre modificações no curso do processo. Sua principal utilidade seria fornecer ao julgador uma regra de julgamento que, após encerrada a instrução, lhe permitirá estabelecer tese vencedora.

Quanto ao segundo tipo de ônus da prova, denominado “burden of production” ou “evidential burden”, consiste em produzir provas no curso do debate argumentativo-probatório. Diferentemente do primeiro tipo, esse ônus pode mudar de uma parte para a outra à medida em que o diálogo processual avança:

The other is the local setting of burden of proof at the argumentation stage, often called the burden of production (or the evidential burden, or the burden of going forward with evidence) in law. This burden can shift back and forth as the argumentation proceeds. For example, if one side puts forward a strong argument, the other side must meet the local burden to respond to that argument by criticizing or presenting a counterargument, or otherwise the strong argument will hold, and it will fulfill the burden of persuasion of its proponent unless the respondent puts forward an equally strong objection or counterargument. ⁹³ (WALTON, 2014, ePub).

Pode-se deduzir, com base nos ensinamentos transcritos, que o primeiro tipo de argumentação está no domínio ético-normativo, porquanto estabelecido diretamente pelo legislador, ou delegado por este ao magistrado, porém, sempre será delineado antes de iniciada a instrução do processo. No segundo tipo, trata-se de dinâmica que escapa à atividade legislativa.

No curso desse processo epistêmico-argumentativo, à medida que a prova alcança determinado padrão de confirmação de uma narrativa relevante para a causa,

⁹³ Tradução livre: “O outro é a configuração do ônus da prova na fase argumentativa, normalmente chamado de ônus de produção (ou ônus de evidência, ou ônus de apresentar provas) no direito. Esse ônus pode mudar de um lado para o outro à medida que a argumentação prossegue. Por exemplo, se uma parte coloca um argumento forte, a outra parte deve cumprir o ônus de responder a esse argumento criticando-o ou apresentando um contra-argumento, sob pena de o argumento mais forte prevalecer, de modo a satisfazer o ônus de persuasão do seu proponente a menos que o demandado apresente uma objeção ou um contra-argumento igualmente forte.”

surge o ônus argumentativo de refutação da hipótese, independentemente do modo como o ordenamento jurídico trata da matéria.

Suponha-se que o ator “X” ajuíze ação de reparação de danos materiais em face do requerido “Y”, aduzindo que este teria abalroado o seu veículo, que se encontrava estacionado na garagem do condomínio onde ambos residem. No curso da instrução, suponha-se que foi obtida imagem de circuito interno de segurança que mostra o veículo do requerido tocar o do requerente. Nesse caso, supondo-se que inexistem outras provas, é forçoso reconhecer que o autor “X”, a quem compete provar a narrativa que alicerça o pedido, trouxe elemento de prova capaz de inverter tal ônus, o que impõe ao requerido “Y” carrear aos autos elementos de prova e argumentos capazes de, no mínimo, mitigar a força argumentativa existente em favor do autor. Essa dinâmica, frise-se, parece escapar à atividade legislativa, que, naturalmente, está fixada em critérios formais de distribuição do ônus da prova.

Atente-se para o fato de que essa dinâmica não deve observância aos requisitos materiais⁹⁴ e formais fixados pelo legislador para a chamada distribuição dinâmica do ônus da prova, cuja incidência deve ser anunciada formalmente pelo juízo, em decisão proferida na fase saneadora, antes de iniciada a atividade instrutória,⁹⁵ até para que as partes não sejam surpreendidas no momento de valoração da prova pelo magistrado.

A dinâmica ora tratada independe de prévio anúncio às partes, pois a sua ocorrência é inerente à própria dialeticidade e ao caráter epistêmico-argumentativo do processo, na medida em que argumentos relevantes, embasados em provas, precisam naturalmente ser rebatidos, mitigados ou desconstruídos, sob pena de prevalecerem sobre os interesses que lhe são opostos. Aliás, diferentemente da distribuição *prévia* do ônus da prova (pelo legislador, de forma estática, ou pelo juiz,

⁹⁴ Os requisitos materiais estabelecidos pelo legislador nacional, calcados na busca pela igualdade material entre as partes, relacionam-se com a posição epistêmica de vantagem de uma parte em relação à outra, como acentuam Lucas Buriel e Ravi Peixoto (2015, p. 500-501), em comentário sobre o instituto da distribuição dinâmica do ônus da prova no Código de Processo Civil de 2015: “Do que se pode extrair do §1º do art. 373, a possibilidade de dinamização ocorre quando uma das partes, acentuadamente em relação à outra detenha: (a) conhecimentos técnicos ou; (b) informações específicas sobre os fatos ou; (c) maior facilidade em sua demonstração. Isso desde que somado com a excessiva dificuldade de produção probatória pela parte adversa.”

⁹⁵ Eduardo Cambi (2015, p. 444) acentua que “A organização das atividades probatórias deve ocorrer, preferencialmente, antes do início da fase instrutória do processo de conhecimento, quando da realização da audiência preliminar (CPC-73, art. 331) ou da decisão saneadora, pelo Novo Código de Processo Civil (art. 357, III).”

de forma dinâmica), essa dinâmica epistêmico-argumentativa somente pode ocorrer após iniciada a fase instrutória, quando a prova passa a ser valorada pelos sujeitos processuais.

Assim, no exemplo formulado, o ônus que seria do autor, segundo a lei vigente no direito nacional (que afirma caber ao promovente demonstrar os fatos que suportam o direito alegado na inicial), inverte-se na medida em que as provas conferem grau de confirmação que torna a versão autoral *mais provável do que não*. Nesse instante, independentemente do que está disposto no plano legislativo (ético-normativo), incumbirá ao requerido apresentar refutações respaldadas em prova ou mesmo mitigar o elemento probatório apresentado pelo requerente, sob pena de sucumbir na demanda.

4.2 Argumentação, imparcialidade e legitimidade democrática

A jurisdição, quando exercida pelo Poder Judiciário, especialmente nos países em que seus membros não passam pelo crivo eleitoral, tem sua legitimidade democrática frequentemente questionada. Decisões de caráter contra-majoritário, em especial, são alvo de ataques sob a pecha de autoritárias e ilegítimas, dada a falta de representatividade dos órgãos prolatores.

Não é objetivo deste tópico discorrer sobre as diversas teorias da democracia, mas tão somente demonstrar que há critérios de legitimidade democrática que não decorrem necessariamente da investidura eleitoral dos agentes (democracia numérica ou eleitoral). No caso do Poder Judiciário, não se pode afirmar que, por princípio, suas decisões são antidemocráticas devido à não submissão de seus membros ao escrutínio eleitoral. Seria um equívoco pensar dessa forma, pois a investidura dos magistrados no cargo obedece à forma prevista na lei, que regulamenta regra oriunda do poder constituinte. A investidura mediante concurso público de provas e títulos, contudo, não afasta a necessidade de se aferir pontualmente, em cada decisão, se esta foi proferida democraticamente, o que passa pela objetividade e racionalidade da fundamentação. A questão-chave, portanto, está relacionada ao exercício do poder, não à forma de investidura do órgão julgador no serviço público.

A importância da chamada democracia majoritária ou democracia eleitoral não pode ser mitigada, muito pelo contrário, é preciso reconhecê-la como pilar fundamental de qualquer regime que se repute democrático. Afinal, o elemento mais

basilar de um regime (minimamente) democrático é a participação universal na escolha daqueles que exercerão funções políticas no Estado, aliada a outros elementos (v.g.: pluralidade, representatividade e igualdade formal).

Embora não se possa diminuir a importância da democracia eleitoral, é preciso, por outro lado, não superestimá-la. Esse mecanismo de escolha de representantes e de deliberação carece de complemento por outras formas de legitimidade, a cargo de instituições cujos membros não são necessariamente eleitos. Entre essas instituições, encontram-se os órgãos que exercem função jurisdicional, que, no Brasil, integram o Poder Judiciário.⁹⁶

A democracia, sob a perspectiva principiológica, é comparável a um vetor que aponta para determinada direção, porém, sem termo fixo de chegada. É um processo evolutivo, historicamente marcado por avanços e retrocessos. Com efeito, após a universalização do voto, apesar do grande avanço que o novel paradigma representou, muitas expectativas foram frustradas, pois não se operou a solução para todos os males sociais, como se poderia esperar. Ao contrário disso, algumas inconveniências se apresentaram.

As práticas partidárias logo revelaram fragilidades. Demonstraram que, apesar de eleitos pelo povo, os representantes adotavam muitas vezes condutas assaz distantes do ideal democrático. É nesse sentido que Raymond Aron (ARON, 1968, p. 109-110), ao indagar quais seriam os problemas fundamentais de um regime constitucional pluralista, formula os seguintes questionamentos:

El primero me parece que se evidencia con claridad al comparar la idea democrática y la práctica parlamentaria: ¿es cierto que un régimen de partidos múltiples es una traducción fiel de la idea de la soberanía popular? ¿Es cierto que la práctica parlamentaria da la realidad del poder a los ciudadanos tal como lo quiere la doctrina? También podría decirse: ¿quién posee efectivamente el poder en un régimen constitucional-pluralista?

El segundo problema surge inmediatamente por oposición al primero. Este, en efecto, sugiere la posibilidad de que el sistema de los partidos múltiples sólo sea una apariencia y que, detrás de la misma, se disimulen los hombres que realmente ejercen el poder. El segundo es: ¿como establecer una organización eficaz del gobierno cuando éste está fundado en las querellas entre partidos? ¿Como puede ser eficaz un poder que precisa constantemente de la aprobación de los ciudadanos?

El tercer problema, ligado al anterior, es el siguiente: ¿como evitar que un régimen que tolera los conflictos permanentes de los ciudadanos y los grupos

⁹⁶ Ressalva deve ser feita ao órgão misto competente para julgar, por crime de responsabilidade, as autoridades especificadas no art. 52, I e II da Constituição Federal (processo de "impeachment"), que possui natureza institucional híbrida.

*disgregue la unidad nacional, indispensable para la salud de una colectividad sea cual sea?*⁹⁷

O primeiro problema apontado por Aron demonstra preocupação com a disparidade entre a democracia representativa idealizada e a prática vivenciada no parlamento. O autor questiona quem seria o real titular do poder em uma democracia pluralista, colocando em xeque a própria soberania popular, que, embora reconhecida nas Cartas constitucionais, terminaria capturada por grupos políticos oligárquicos que (teoricamente) agiriam em seu nome, mas, de fato, buscariam tão somente perpetuar-se no poder.

As disputas de poder, com os interesses de grupos partidários postos acima dos súperos interesses da nação, terminaram por minar em certa medida a credibilidade do sistema representativo. A investidura de agentes políticos e de partidos no poder (mediante processo eleitoral democrático) não foi capaz de garantir a legitimidade no exercício das funções políticas. Na verdade, verificou-se certa propensão à degeneração (ou corrupção) do sistema constitucional-pluralista.

Haveria basicamente três formas de corrupção do sistema, a saber: a primeira, de matiz ideológico, ocorre quando a ideologia partidária deixa de espelhar os diferentes grupos de interesses da sociedade; a segunda, quando os interesses dos partidos são sobrepostos ao interesse geral; e, por fim, a terceira, relacionada com a infraestrutura social, quando a economia não funciona a contento ou surgem rivalidade sociais impossíveis de serem conciliadas pela atuação dos partidos. (ARON, 1968).

Não se pode desconsiderar, ainda, um risco grave, mas inerente ao sistema de democracia majoritária: a tirania da maioria. A prevalência da vontade da maioria sobre a minoria deve comportar limites estabelecidos pela ordem constitucional, sob pena de substituir-se o tirano autocrático do passado por um tirano coletivo no

⁹⁷ Tradução livre: “O primeiro parece-me claro quando se compara a ideia democrática e a prática parlamentar: é verdade que um regime multipartidário é uma tradução fiel da ideia de soberania popular? É verdade que a prática parlamentar dá a realidade do poder aos cidadãos exatamente como a doutrina o quer? Também poderia ser dito: quem realmente possui o poder em um regime constitucional-pluralista? O segundo problema surge imediatamente em oposição ao primeiro. Isso, na verdade, sugere a possibilidade de que o sistema de múltiplos partidos seja apenas uma aparência e que, por trás disso, os homens que realmente exercem o poder sejam dissimulados. A segunda é: como estabelecer uma organização governamental eficaz quando ela é baseada em disputas interpartidárias? Como pode um poder que precisa constantemente da aprovação dos cidadãos ser eficaz? O terceiro problema, ligado ao anterior, é o seguinte: como evitar que um regime que tolera os conflitos permanentes dos cidadãos e dos grupos desagregue a unidade nacional, indispensável para a saúde de uma comunidade, seja ela qual for?”

presente, capaz de solapar direitos individuais em homenagem a questões puramente contingenciais.

Nesse sentido, Ronald Dworkin (2002, p. 208-209), ao falar sobre o constitucionalismo do seu país, que, nesse ponto, aplica-se à realidade brasileira, afirma:

A teoria constitucional em que se baseia o nosso governo não é uma simples teoria da supremacia das maiorias. A Constituição, e particularmente a *Bill of Rights* (Declaração de Direitos e Garantias) destina-se a proteger os cidadãos (ou grupos de cidadãos) contra certas decisões que a maioria pode querer tomar, mesmo quando essa maioria age visando o que considera ser o interesse geral ou comum.

A pressão exercida pela vontade da maioria sobre as liberdades individuais fundamentais já era denunciada por Tocqueville (2007, p. 307), em estudo sobre a então recém criada democracia norteamericana, nos seguintes termos:

Isto é verdade sobretudo nos Estados democráticos, organizados como as repúblicas americanas, onde a maioria possui um império tão absoluto e tão irresistível que quando queremos afastar-nos do caminho por ela traçado precisamos, de certo modo, de renunciar aos nossos direitos de cidadania e, por assim dizer, à nossa condição humana.

Não é suficiente, portanto, a existência de normas (constitucionais) que assegurem direitos à minoria (e a menor delas, vale lembrar, é o indivíduo). É necessário que exista uma esfera de imparcialidade, incorporada por órgãos independentes e capazes de tornar essas normas socialmente eficazes (efetivas). Aqui reside importante viés da legitimidade democrática da instância judicial, como contraponto aos excessos majoritários, jamais para substituir a democracia representativa, mas para complementá-la.

Enquanto a legitimação decorrente das urnas está associada à generalidade positiva, às escolhas da maioria, a legitimidade da imparcialidade estaria associada a uma espécie de “generalidade procedimental-negativa”, como explica Rosanvallon (2009, p. 149):

La legitimidad electoral se apoya en un reconocimiento popular. Descansa, pues, en un tipo de generalidad concebida de modo agregativo, que esboza una magnitud social. La imparcialidad, por su parte, está referida a una generalidad de otra naturaleza: es una generalidad negativa, constituida por el hecho de que nadie se puede beneficiar con una ventaja o un privilegio. En un mundo dividido, donde el proyecto de una generalidad de identificación positivo-agregativa ha dejado de tener sentido evidente, donde la definición del interés general sigue siendo incierta, siempre sometida a la presión de

*múltiples grupos, el apego a una forma de generalidad procedimental-negativa se fortalece.*⁹⁸

A legitimidade democrática de imparcialidade, portanto, está associada ao respeito ao procedimento (HABERMAS, 2003)⁹⁹, com a estrita observância dos direitos e das garantias processuais das partes, o que inclui a qualidade da fundamentação das decisões proferidas, do rigor técnico empregado, da clareza, da objetividade e da racionalidade dos argumentos que lhes são sustentação. A observância formal das regras do procedimento em contraditório pouco serviria à democracia, caso não fosse defeso o uso de razões obscuras e subjetivistas (logo, não passíveis de controle) no provimento judicial.

O caráter excessivamente subjetivo dos fundamentos de algumas decisões judiciais denota déficit democrático no exercício da jurisdição, pois, nesses casos, o ato decisório surge como mero ato de vontade, não como síntese das narrativas debatidas e submetidas ao crivo probatório, à luz do direito vigente. A esse respeito, afigura-se pertinente a advertência doutrinária seguinte:

A utilização dessa terminologia (*judge-made law*) para caracterizar a fase ativista da Suprema Corte norte-americana, nesse contexto, é um tanto quanto esclarecedora, especialmente aliada à questão da *vontade*. De fato, quando a decisão judicial passa a ser uma questão de vontade, então, não há outro direito a seguir, senão *o construído pelo Judiciário*, isto é, criado pela *vontade* de quem julga (*a lei da vontade*). Essa postura rompe com a noção de *rule of law*, na medida em que, a partir disso, em suas manifestações, o juiz sempre exercerá sua discricionariedade, 'selecionando, entre muitos pontos de vista deixados abertos pelo direito, aquele que está mais próximo das suas preferências subjetivas'. (STRECK; TASSINARI; LEPPER, 2015, p. 58).

O sistema jurídico-constitucional deve fornecer mecanismos necessários e suficientes para contenção dos excessos dos Poderes, inclusive, por óbvio, do Poder

⁹⁸ Tradução livre: "A legitimidade eleitoral é baseada no reconhecimento popular. Repousa, então, num tipo de generalidade concebido de forma agregada, que delinea uma magnitude social. A imparcialidade, por outro lado, está relacionada a uma generalidade de outra natureza: é uma generalidade negativa, constituída pelo fato de que ninguém pode se beneficiar com uma vantagem ou um privilégio. Em um mundo dividido, onde o projeto de uma generalidade de identificação positiva-agregativa deixou de ter um significado óbvio, onde a definição do interesse geral permanece incerta, sempre sujeita à pressão de múltiplos grupos, o apego a uma forma de generalidade processual negativo é fortalecido."

⁹⁹ Ao relacionar discurso, legitimidade procedimental, racionalidade e justiça, Habermas (2003, p. 19) afirma que: "Esse processo democrático estabelece um nexo interno entre considerações pragmáticas, compromissos, discursos de auto-entendimento e discursos de justiça, fundamentando a suposição de que é possível chegar a resultados racionais e equitativos. Nessa linha, a razão prática passa dos direitos humanos universais ou da eticidade concreta de uma determinada comunidade para as regras do discurso e as formas de argumentação, que extraem seu conteúdo normativo da base de validade do agir orientado pelo entendimento e, em última instância, da estrutura da comunicação linguística e da ordem insubstituível da socialização comunicativa."

Judiciário. O devido processo legal, com rigorosa observância das garantias processuais fundamentais das partes; com a presença do juiz natural, selecionado por critérios de competência legalmente predefinidos; com observância da publicidade; com respeito ao contraditório substancial, em que as partes exercem efetiva influência na construção da decisão; com a necessidade de que sejam enfrentados pelo órgão julgador todos os argumentos deduzidos, bem como o exame de todas as provas produzidas e, ainda, um provimento final fundamentado de modo racional (sob pena de nulidade), afigura-se capaz de coibir arroubos antidemocráticos no exercício da jurisdição.

A imparcialidade do órgão judicial, enquanto distanciamento dos interesses parciais que movem a demanda, milita no campo da “legitimidade de exercício” do poder, que é testada a cada decisão que se toma. Sobre a “refundação” da legitimidade do órgão a cada decisão tomada, Rosanvallon (2009, p. 147) esclarece que consiste em *“una atención escrupulosa al respeto de las reglas, al rigor de las argumentaciones, a la transparencia en los procedimientos, a la publicidad de todos sus actos. En efecto, cada intervención o cada decisión equivalen a una especie de refundación de la institución”*.¹⁰⁰

Nessa perspectiva, a imparcialidade jamais existirá em abstrato, de forma perene e institucional, pois não é um *status*, mas uma qualidade, e, como tal, encontra-se sujeita a provas frequentes e à necessidade de ratificações constantes, a cada ato praticado pelo agente tido como imparcial. Desse modo, *“la legitimidad por imparcialidad debe, pues, ser incesantemente conquistada”*¹⁰¹. (ROSANVALLON, 2009, p. 147).

O papel das decisões judiciais na democracia, enquanto resultado de um processo democrático, que conta com efetiva (e substancial) participação argumentativa dos envolvidos na construção do provimento, é abordado por André Cordeiro Leal (2002, p. 38):

Também os aspectos teóricos relacionados à instância de atribuição de legitimidade às normas são problematizados. A legitimação, como adiante se verá, não mais passa somente pela observância formal dos procedimentos legislativos ou pela competência dos órgãos criadores dos textos legais, mas da efetiva participação democrática na elaboração desses textos e na

¹⁰⁰ Tradução livre: “[...]uma atenção escrupulosa ao respeito das regras, ao rigor dos argumentos, à transparência dos procedimentos, à publicidade de todos os seus atos. Com efeito, cada intervenção ou cada decisão representa uma espécie de refundação da instituição.”

¹⁰¹ Tradução livre: “a legitimidade por imparcialidade deve, pois, ser incessantemente conquistada.”

prolação das decisões aplicadoras dessas normas aos casos concretos.

Os fundamentos utilizados na decisão judicial, quando deduzidos de forma lógica, objetiva e racional, garantem a legitimidade democrática da jurisdição, especialmente porque mitigam o risco de parcialidade do julgamento, de utilização de razões puramente morais na valoração da prova ou de raciocínios enviesados, que, de outro modo, não seriam passíveis de controle algum. Somente por meio do conhecimento dos argumentos insertos na fundamentação é possível se verificar se (e em que medida) foram enfrentadas as questões empíricas relevantes suscitadas pelas partes.

Trata-se, como dito, de legitimidade de exercício, diferente daquela obtida nas urnas, mas que a complementa e assegura, na medida em que resguarda as escolhas feitas pela sociedade através das vias institucionais:

O princípio da fundamentação judicial funciona, pois, principalmente no que se refere às provas, como um importante fator legitimador do exercício do poder jurisdicional do Estado. É fato que o Poder Judiciário, por não ter seus membros escolhidos a partir de eleições pelo povo, não pode obter, como de fato não obtém, legitimidade social por meio das urnas, a mais pura das expressões da soberania popular (art. 14 da Constituição Federal). (VILAR FILHO, 2006).

Com efeito, a prova-argumento tem papel proeminente na legitimação democrática da jurisdição, pois, através dela, são evidenciados os critérios utilizados e os parâmetros considerados para se ter como provadas ou rechaçadas narrativas empíricas relevantes para o processo, evitando-se a conversão do ato decisório em expressão de mero subjetivismo do órgão julgador (ato de vontade).

Seliente-se, outrossim, que o caráter democrático de qualquer ato estatal (ou privado) pode ser medido pelo grau de participação daqueles que serão afetados por seus efeitos¹⁰². Assim ocorre com o provimento judicial, que alcança a esfera jurídica

¹⁰² Em artigo intitulado “Democracia sitiada”, Carlos Marden (2016) disserta sobre o acossamento da esfera individual de liberdade pela atividade regulatória estatal excessivamente invasiva. Na visão do autor, a democracia alcançaria seu ponto máximo quando a esfera de liberdade individual, atinente às questões que não dizem respeito à generalidade das pessoas, mas somente a um determinado indivíduo ou grupo (ex.: família, condomínio, associação), são decididas pelo próprio grupo que enfrentará as consequências da decisão. Por outro lado, a imposição heterônoma de regras de conduta levaria à ideia de “guardiana” criticada por Robert A. Dahl (2012, p. 100), cuja força persuasiva residiria na “visão negativa da competência moral e intelectual das pessoas comuns.”

das partes¹⁰³ e deve assegurar a influência destas na sua formação. Em matéria de prova, essa influência passa pela garantia de admissão e produção de todas que forem pertinentes (desde que não defesas pelo ordenamento jurídico) sobre questões relevantes. Tal medida, contudo, não seria suficiente. Faz-se necessário que as conclusões acerca da matéria fática sejam argumentativamente postas na decisão, valorando-se cada um dos elementos de prova, com exteriorização das regras de inferência utilizadas para, finalmente, se chegar às hipóteses (conclusões) admitidas como demonstradas.

Historicamente, a desnecessidade de fundamentação tem sido associada à irracionalidade e ao arbítrio das decisões, como se depreende da crítica formulada por Max Weber à instituição do júri, cuja origem mais próxima remonta à Inglaterra do século XIII. Para Weber (2004), a instituição do júri seria um resquício de forma não racional de dominação,¹⁰⁴ apegada às tradições, em contraposição à forma racional, marcada pela subordinação dos atos decisórios a um ordenamento jurídico de cunho geral e abstrato, previamente estabelecido.

Ao contrário, o desenvolvimento social moderno acarreta, além dos motivos políticos já mencionados e os estamental-jurídicos internos que acabamos de expor, outros motivos gerais que debilitam o racionalismo jurídico formal. Uma 'justiça de cádi' diretamente irracional é atualmente praticada, em grande extensão, na justiça penal, em forma da justiça 'popular' dos jurados. Corresponde ao sentimento dos leigos não instruídos juridicamente, a quem aborrece o formalismo do direito em cada novo caso concreto, e além disso aos instintos das classes não-privilegiadas, que exigem justiça material. (WEBER, 2004, p. 151).

Depreende-se dessa citação uma associação direta entre arbítrio e julgamento baseado no senso de justiça do julgador, sem apego substancial às regras de procedimento predefinidas e, sobretudo, sem demonstração argumentativa das

¹⁰³ Nas ações coletivas, a eficácia subjetiva da decisão transcende a esfera jurídica das partes em sentido formal, para alcançar terceiros substituídos. Nesse caso, contudo, a decisão somente poderá beneficiá-los, sem lhes afetar negativamente em seus direitos individuais.

¹⁰⁴ Para Cohen (1992, p. 120), os jurados podem de fato aceitar como provadas circunstâncias nas quais não acreditam, que não contam com respaldo nas provas produzidas. Isso ocorre porque frequentemente orientam suas decisões por juízos éticos ou pragmáticos não necessariamente amparados pelas regras de julgamento. Ressalta, contudo, que a subsistência da popularidade da instituição do júri decorre exatamente da possibilidade de esse tribunal popular agir dessa forma em circunstâncias específicas. *In verbis*: "Jurors would then be accepting on ethical or pragmatic grounds, rather than on cognitive ones, that the accused is not guilty, while believing, perhaps quite firmly, in his or her guilt. So the verdict would declare what the jury accepts, not what it believes. Of course, in many, if not most, jurisdictions this kind of behaviour conflicts with a jury's formal obligations. But the fact that in suitable circumstances-a jury is likely to behave like this is a major reason for the continued popularity of the jury system."

razões de decidir. Quando ausente fundamentação explícita, clara e objetiva, não há como se aferir em que medida as provas foram efetivamente analisadas; qual a qualidade dessa análise; se as inferências probatórias utilizadas para se chegar à conclusão são aceitáveis do ponto de vista lógico-jurídico ou se, pelo contrário, estariam guiadas por vieses e preconceitos; se foram levados em consideração todos os argumentos, bem como as refutações (pertinentes) às hipóteses levantadas pelas partes e pelo próprio juízo; se os elementos do *layout* argumentativo guardam coerência interna e externa. Eis a íntima ligação entre prova-argumento e legitimidade de exercício da jurisdição.

5 CONCLUSÃO

A evolução do conhecimento científico passou por diversas fases até chegar ao estado atual. No princípio, a visão mística do mundo limitou sobremaneira o conhecimento da realidade circundante e forjou teorias hoje consideradas absurdas ou iníquas, como aquelas que, no campo da aplicação do direito, justificavam as ordálias durante a Idade Média.

À medida que a experiência cognoscitiva se enriqueceu, as generalizações empíricas se tornaram mais criteriosas e as teorias, mais sofisticadas. Esse movimento do saber, que é lento, porém, constante e gradual, tem conduzido à superação de paradigmas e ao aprimoramento científico. A caminhada, contudo, não parece uniforme em todos os campos da Ciência.

No âmbito do Direito ainda persistem paradigmas já desmistificados por outras áreas da pesquisa. Estudos sobre a mente humana, por exemplo, conduzidos por neurocientistas, demonstraram que no atual estado da técnica não seria viável escaninhar os processos mentais que levam à tomada de decisões, de modo a converter conceitos como crença e intenção em objetos plenamente demonstráveis à luz das ciências duras. Apesar disso, no campo da prova judicial, ainda há excessiva ênfase dos estudiosos no seu aspecto subjetivo, qual seja, o convencimento.

O presente trabalho não nega que a prova judicial tem a função de convencer os seus destinatários, mas, por outro lado, demonstra que a ênfase dada a essa função não contribui para a maior objetividade e para a racionalidade das decisões judiciais sobre questões fáticas, muito pelo contrário, malfere gravemente o caráter democrático e dialógico do processo democrático.

O objetivo das críticas formuladas neste trabalho foi basicamente reposicionar o convencimento dentro do quadro da teoria da prova. O distanciamento entre aspectos puramente subjetivos da prova (convencimento e persuasão) e as razões aceitáveis a título de fundamentação das decisões constitui requisito necessário para se evitar deliberações voluntaristas e não submetidas a parâmetros minimamente objetivos de controle.

Nesse sentido, defendeu-se o deslocamento das atenções para as funções epistêmica e argumentativa da prova. Interessa ao processo que a decisão, na parte

relativa aos fatos, aponte elementos de prova que deem sustentação a inferências probatórias que, por sua vez, conduzem a conclusões logicamente aceitáveis, mediante argumentação racionalmente deduzida pelos sujeitos processuais, em especial, pelo órgão julgador.

O estudo, sem ingressar no debate filosófico milenar acerca das diversas concepções de verdade, adotou o conceito de verdade como correspondência, que, embora passível de crítica sob determinados aspectos, afigura-se como mais adequado para atender ao anseio de maior objetividade no debate sobre as provas, especialmente porque estabelece elementos externos à psique dos sujeitos para demonstrar a correção ou não de determinada narrativa.

Quando o juiz afirma “está provado que p”, menos interessa saber se o “juiz acredita que p”, se está convencido de que a narrativa é verdadeira. Não é suficiente, por outro lado, acatar a ideia de que, ao afirmar “está provado que p”, o juiz possa estar simplesmente constituindo uma realidade institucional, sem compromisso algum com a busca de aproximação empírica entre a sua conclusão (hipótese) e a ocorrência dos fatos no mundo real. Ambos os sentidos ora guerreados conduziriam ao arbítrio, pois atenuam ou mesmo anulam as possibilidades de controle dos fundamentos utilizados.

É cediço que não existe identidade entre prova e verdade. Como restou demonstrado, essa relação é teleológica, vez que a prova, na perspectiva da sua função epistêmica, tem o propósito de levar a conclusões que se aproximem do real, sem confundir-se com este. Não significa dizer que o juiz está autorizado a perseguir a verdade a todo custo, como opõem os críticos, mas que essa busca deve ocorrer no contexto da coexistência de diversos interesses juridicamente tutelados pelo processo.

Salientou-se que o processo é uma ferramenta epistêmica, porém, o descobrimento da verdade é limitado por regras contraepistêmicas (TARUFFO, 2016), que, por seu turno, existem para proteger direitos de vária ordem, que não podem ser negligenciados no processo. A coexistência de valores impõe limites à função epistêmica da prova, entre os quais, a vedação de prova obtida por meio ilícito ou ilegítimo, o sigilo profissional, a autonomia da vontade, o direito de não fazer prova

contra si, além de tantos outros que variam no tempo e no espaço, conforme o ordenamento jurídico, porquanto dispostos no plano ético-normativo.

Essas limitações à busca da verdade não mitigam a relevância da função epistêmica da prova, mas afastam o risco de cometimento de excessos que, ressalte-se, já levaram inúmeros pensadores a acreditarem que a principal função do processo seria o estabelecimento da verdade e, munidos de tal premissa, a respaldarem toda sorte de violações em nome da elucidação dos fatos.

Se a concepção de verdade absoluta está superada, não se deve necessariamente pendular para o extremo oposto, a fim de se propor que a verdade seja extirpada à fórceps do processo. A busca pela verdade por aproximação, como defendido neste estudo, é imperativo do princípio da legalidade, sustentáculo do Estado de direito. Não se pode conceber a aplicação correta de uma regra senão quando da ocorrência do seu suposto fático, o que deve ser suficientemente demonstrado no caso concreto.

O sentido que se confere à afirmação “está provado que p” é o de que “há elementos suficientes que p”. Assim, afasta-se da ideia de verdade absoluta, adotando-se a postura falibilista de se considerar uma narrativa verdadeira pelo fato de contar com elementos de prova suficientes a seu favor, não por mera adesão subjetiva ou por puro voluntarismo.

O reconhecimento de que há incertezas, variáveis imprevisíveis ou elementos imponderáveis em qualquer equação exige uma forma complexa de pensar, que se diferencia do pensamento estritamente cartesiano, cujo objetivo é alcançar o cerne do objeto estudado a partir da disjunção e análise de suas partes e do seu todo, mas sem considerar o plexo de interações capazes de produzir resultados não previstos.

A aceitação do pensamento complexo tão pouco contradiz a necessidade de busca pela verdade no processo judicial, antes revela que a compreensão da realidade circundante não cabe em visões monocromáticas do mundo. Não há antinomia entre a pretensão de verdade e o pensamento complexo. Aliás, ocorre exatamente o contrário. Se as incertezas passaram a ser uma constante no conhecimento científico é justamente porque um véu foi retirado e se passou a alcançar planos insondáveis ao pensamento cartesiano e aos raciocínios puramente silogísticos, pautados por premissas supostamente infalíveis.

Nesse ambiente de complexidade e relações sistêmicas que se descortina na medida em que a Ciência evolui, a dependência de conhecimentos de terceiros passa a ser não apenas aceita como racional, mas inevitável. Com efeito, os destinatários da atividade probatória (especialmente o juiz) necessitam recorrer a terceiros que estão em melhor posição epistêmica para alcançar a verdade sobre narrativas fáticas, seja uma testemunha, por haver presenciado um determinado acontecimento, seja um experto, que, embora distante das ocorrências debatidas, detém conhecimentos específicos. Desse modo, a racionalidade está justamente em se recorrer ao conhecimento de terceiros e às razões pelas quais se pode concluir que estes têm razões suficientes para confirmar ou infirmar uma hipótese.

Indissociável da função epistêmica da prova é a função argumentativa. Como demonstrado neste estudo, não basta que o sujeito processual encontre elementos de prova suficientes em prol de determinada narrativa ou enunciado (função epistêmica da prova). Por ser o processo judicial um ambiente discursivo, faz-se necessário que se traduzam em argumentação objetiva e racional as conclusões a que o sujeito chegou quanto aos fatos relevantes da causa.

Enquanto os acontecimentos se processam exclusivamente no campo da mente, no “mundo 2” de Karls Popper (1999), o ser cognoscente é passível de se deixar levar por inúmeras armadilhas do pensamento e vieses, pois, nesse campo, reservado aos pensamentos e elucubrações, os constrangimentos da racionalidade são frouxos, permitindo-se, inclusive, a credulidade consciente que se dá com as criações artísticas (TARUFFO, 2016). Porém, quando há a necessidade de se transmitir tais pensamentos e ideias para terceiros sob balizas da racionais, como se dá no campo da argumentação jurídica, surgem os constrangimentos. Assim, pode-se dizer que o argumento constrange e filtra o que é concebido na mente acerca do resultado da atividade probatória (prova-resultado).

Pode-se concluir (sem receio de se cometer exagero) que as funções epistêmica e argumentativa da prova complementam-se de forma indissociável, embora passíveis de análise em separado para fins exclusivamente didáticos. Afinal, a fundamentação das decisões judiciais (assim como o arrazoado das peças produzidas pelos demais sujeitos processuais) deve demonstrar argumentativamente a prevalência de determinada conclusão ou a sua refutação, sempre com base nos elementos de prova.

No que respeita aos aspectos fáticos da demanda, são as provas que produzem os argumentos (ou melhor, confundem-se com a própria argumentação, pois provar é argumentar). Mas, para que o argumento se apresente de modo lógico e racional, como se propõe no presente trabalho, é preciso que se observe um *layout* capaz de espelhar objetivamente o caminho percorrido desde os elementos de prova até a conclusão final, compreendendo-se, ainda, os reforços argumentativos utilizados e as refutações opostas às hipóteses pretensamente provadas.

A exposição dos elementos que estruturam o argumento e a relação que há entre eles é o único meio de torná-lo passível de crítica e de constrangimento, reduzindo-se o perigo dos chamados pontos cegos (MARTINS, 2013) na interpretação dos fatos, penumbras decorrentes da falta de objetividade e do emprego de conceitos subjetivos que escondem o arbítrio, o voluntarismo e o autoritarismo.

Neste trabalho, utilizou-se o *layout* formulado por Stephen Toulmin (2006). Aplicável não apenas à argumentação jurídica, antes se revela útil a qualquer discurso apofânico. O ponto virtuoso desse *layout* é a possibilidade de atender a esquemas mais complexos de argumentação que, contrariamente ao método silogístico clássico, não se baseiam necessariamente em premissas irrefutáveis, mas em elementos falíveis e em verdades provisórias. Com efeito, o método lógico-dedutivo, embora conserve sua importância, não atende integralmente às necessidades contemporâneas, em que o conhecimento revela certezas provisórias.

Com os elementos de prova existentes no caso concreto, é possível se utilizar de inferências empíricas (generalizações) capazes de conduzir à hipótese defendida pelo sujeito que argumenta. A exposição dessa regra de inferência à crítica, por si só, já representa um grande avanço para a objetividade da argumentação acerca dos fatos. Isso porque regras fracas, baseadas em senso comum irrefletido ou em preconceitos, quando expostas, serão facilmente criticadas e reputadas inválidas.

Um dos desafios que se enfrenta quando se defende uma hipótese é evitar a contaminação do argumento por vieses, pois os sujeitos se encontram imersos na sociedade, que tem crenças, apegos a tradições, entre outros elementos que exercem forte influência sobre a construção do argumento. Esses elementos ingressam sobretudo no uso das generalizações, de forma que a falta de clareza quanto a esse ponto, como se demonstrou, tem produzido situações que beiram o surreal.

Além da possibilidade de crítica isolada de cada elemento que constitui o argumento, como, por exemplo, ao se demonstrar que a testemunha que depôs em juízo tem interesse indireto na causa ou padece de limitações sensoriais que tornam imprestável o seu depoimento, ou, ainda, que a generalização (regra de inferência) utilizada contraria lei científica de aceitação universal, a exposição argumentativa do resultado proatório permite crítica à relação existente entre os elementos do *layout*, o que se dá, por exemplo, quando se constata que a regra de inferência, embora aceitável, não conduz à conclusão pretendida ou não encontra amparo no esteio probatório amealhado no processo. Não se pode esquecer, ainda, das refutações que podem ser opostas à conclusão. Tais refutações, por seu turno, são conclusões de outro esquema argumentativo concorrente (igualmente dotado de esteio probatório e de generalização), também passível do mesmo processo crítico.

Verificou-se, ainda, que o ônus da prova tem uma dinâmica própria, a despeito do que pode vir a ser estabelecido pelo ordenamento jurídico positivo. Ao atingir determinado grau de confirmação (estândar de prova), a narrativa passa a ser tida como verdadeira, invertendo-se, logicamente, o ônus de fazer prova a respeito dessa narrativa. Assim, embora a princípio o demandado não tenha que provar a inocorrência dos fatos alegados pelo demandante, é certo que, ao se alcançar determinado grau de confirmação a respeito das narrativas que suportam o pedido autoral, surge logicamente para o réu o ônus de provar que tais fatos não ocorreram como narra o autor, sob pena de sucumbir.

Outro aspecto relevante da argumentação no processo judicial, tratado no último tópico do trabalho, demonstra a estreita relação entre fundamentação das decisões judiciais e legitimidade democrática do exercício da jurisdição. Demonstrou-se que embora a investidura mediante processo eleitoral seja um pilar da democracia, esta exige outros elementos que a complementam e dão sustentação.

A democracia de imparcialidade (ROSANVALLON, 2009) exige órgãos distantes dos interesses parciais envolvidos nas disputas, capazes de garantir as escolhas perenes da sociedade, até mesmo em face de maiorias circunstanciais, quando o caso. Ocorre que a legitimidade democrática desses órgãos, por não contar com o respaldo da investidura por deliberação popular, exige demonstração a cada decisão tomada (legitimidade de exercício).

Com efeito, somente com a exposição argumentativa das razões de decidir do órgão julgador será possível aferir o seu grau de imparcialidade e a correção do raciocínio utilizado para se chegar a determinada conclusão sobre as narrativas empíricas relevantes para o processo. O constrangimento inerente à necessidade de argumentação (objetiva e racional) é capaz de mitigar as inclinações de parcialidade e de irracionalidade (juízos preconceituosos, por exemplo) das decisões proferidas, refundando, a cada manifestação, a legitimidade democrática do órgão julgador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELLÁN, Marina Gascón. Freedom os proof? El custionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita. **Estudios sobre la prueba**. CARBONELL, Miguel; HENRÍQUEZ, J. Jesus Orozco; VÁZQUEZ, Rodolfo (Coord.). México: Universidad Nacional de Autónoma de México, 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria da argumentação racional como teoria da fundamentação jurídica. 4ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ARON, Raymond. **Democracia y totalitarismo**. Barcelona: Editora Seix Barral, 1968.

BADARÓ, Gustavo. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 43-80, jan.-abr. 2018.

BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de: Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La valoración racional de la prueba**. Madri: Marcial Pons, 2007.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prova e verdade no Direito**. Tradutor: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 05 ago. 2018.

BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 05 ago. 2018.

BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 05 ago. 2018.

BRASIL. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 11 ago. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **No novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – Exegese do artigo 373, §§1º e 2º do NCPC. **Processo de conhecimento, provas**. Coord. Geral: Fredie Didier Jr. Organizadores: Lucas Buriel de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. Salvador: Juspodivm, 2015.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova no processo civil**. São Paulo: Pillares, 2016. *ePub*.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora. **História, pensamento e terminologia processuais**. Revista de Derecho Procesal. Argentina, 1947.

COHEN, L. Jonathan. **En Essay on Belief and Acceptance**. Oxford: Clarendon Press, 1992.

DEEMTER, Kees Van. **Not exactly in praise of vagueness**. New York: Oxford University Press, 2010.

DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. Tradução de: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DALLAGNOL, Deltan Martizanno. **As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

DIDIER Jr., Fredie. **Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. 4. ed. – Salvador: Juspodivm, 2017.

D'ONOFRIO, Sandro. Prueba jurídica y dialéctica aristotélica. **Prueba, argumentación y justicia**. In: VILLANUEVA, Rocío; MARCIANI, Betzabé; LASTRES, Pamela (ed.). Lima: Fondo Editorial da PUC-Peru, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWYER, Déirdre. **The judicial assessment of expert evidence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciado nº 50. Disponível em: http://www.academia.edu/9845423/Enunciados_consolidados_do_F%C3%B3rum_Permanente_de_Processualistas_Civis. Acesso em: 25 ago. 2018.

GOMES, Reginaldo Gonçalves; TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. **A efetividade dos direitos fundamentais e o problema da verdade na atuação do juiz no processo penal democrático**. Belo Horizonte: ePub (versão Kindle), 2017.

GRECO, Rodrigo Azevedo. **Direito e Entropia**. Fortaleza. 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. **Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover et. al.; PEREIRA, Flávio Cardoso (coord.) Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

GUERRA, Marcelo Lima. **Prova Judicial: Uma Introdução**. Boulesis Editora, 2015.

HAACK, Susan. **Evidence Matters: Science, Proof and Truth in the Law**. Cambridge University Press: New York, 2014.

HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Porto Alegre: Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la acción comunicativa, I: racionalidad de la acción y racionalización social**. Tradução de: Manoel Jiménez Redondo. Madri: Taurus Humanidades, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, volume I. 2ª. ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HARDWIG, John. **Epistemic Dependence**. The Journal of Philosophy, v. 82, n. 7, pp. 335-349, jul. 1985.

HERDY, Rachel. Confiar em outros y confiar en las reglas. **Prueba, argumentación y justicia**. In: VILLANUEVA, Rocío; MARCIANI, Betzabé; LASTRES, Pamela (ed.). Lima: Fondo Editorial da PUC-Peru, 2016.

HIGA, César; LASTRES, Pamela. Creencias y Decisiones Judiciales Razonables: un análisis del concepto de razonabilidad em Moore y Wittgenstein. **Prueba, argumentación y justicia**. VILLANUEVA, Rocío; MARCIANI, Betzabé; LASTRES, Pamela (Editores). Lima: Fondo Editorial da PUC-Peru, 2016.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Tradução de: Cássia de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KEYNES, John Maynard. **A treatise on probability**. Londres: Macmillan and Co., 1921.

KHALED JR., Salah H. O caráter alucinatório da evidência e o sentido da atividade probatória: rompendo com a herança inquisitória e a filosofia da consciência. **Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover et. al.; PEREIRA, Flávio Cardoso (coord.) Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

LAGIER, Daniel González. Argumentación y prueba judicial. **Estudios sobre la prueba**. In: CARBONELL, Miguel; HENRÍQUEZ, J. Jesus Orozco; VÁZQUEZ, Rodolfo (Coordinadores). México: Universidad Nacional de Autónoma de México, 2006.

LAGIER, Daniel González. Pressupuestos filosóficos de las pruebas neurocientíficas. A propósito de “Processo e Neurociência”. Aspectos Generales”, de Taruffo. **Prueba, argumentación y justicia**. VILLANUEVA, Rocío; MARCIANI, Betzabé; LASTRES, Pamela (ed). Lima: Fundo Editorial da PUC-Peru, 2016.

LARENZ, Karl. **Metodología de la ciencia del derecho**. Tradução de: Rodríguez Molinero. Barcelona: Editorial Ariel, 1980.

LAUDAN, Larry. **Verdad, error y proceso penal**: um ensaio sobre Epistemologia jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

LOPES JR., Aury. O problema da “verdade” no processo penal. **Verdade e prova no processo penal**: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al.; PEREIRA, Flávio Cardoso (coord.) Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. O CPC/2015 e a dinamização do ônus da prova: aspectos essenciais para a compreensão das mudanças. **Processo de conhecimento, provas**. Coord. Geral: Fredie Didier Jr. Organizadores: Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. Salvador: Juspodivm, 2015.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **O Direito e sua Ciência**: uma introdução à epistemologia jurídica. São Paulo: Malheiros, 2016.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Os poderes instrutórios do juiz no novo CPC. **Processo de conhecimento, provas**. Coord. Geral: Fredie Didier Jr. Organizadores: Lucas Buriel de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. Salvador: Juspodivm, 2015.

MARDEN, Carlos. **A duração razoável do processo**: o fenômeno temporal e o modelo constitucional processual. Curitiba: Juruá, 2015.

MARDEN, Carlos. Democracia sitiada. In: MORAIS, José Luís Bolzan; SARAIVA, Bruno Cozza (Org.). **Estado & Constituição**. 1ª ed. – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1974.

MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do Direito**: the Brazilian lessons. 3. ed. - São Paulo: Atlas, 2013.

MATTOS, Lucas de Brandão e. Verdade, processo e presunções jurídicas: breves apontamentos. In: MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MELO, Alisson José Maia (Org.). **Estudos de Epistemologia Jurídica**. 1. ed. – Curitiba: Prismas, 2015.

MELO, Alisson José Maia. Pensamento complexo: propostas para um conhecimento científico do Direito. In: MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MELO, Alisson José Maia (Org.). **Estudos de Epistemologia Jurídica**. 1. ed. – Curitiba: Prismas, 2015.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Tradução de: Eliane Lisboa. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2015.

MORRIS, Dan. **Bayes Theorem**: a visual introduction for beginners. Kindle Edition. 2016.

NETO, Nagibe de Mello Jorge. **Uma Teoria da Decisão Judicial**: Fundamentação, Legitimidade e Justiça. Salvador: Jus Podivm, 2017.

PEREIRA, Patrícia Silva. **A prova indiciária no âmbito do Processo Penal**: admissibilidade e valoração. Coimbra: Almedina, 2016.

PERELMAN, Chaim. **The idea of justice and the problem of argument**. Tradução de: John Petrie. Londres: Routledge & Kegan Paul Limited, 1963.

POPPER, Karl R. **A vida é aprendizagem**. Lisboa: Edições 70, 1999.

ROQUE, André Vasconcelos. As provas ilícitas no novo Código de Processo Civil e o estado de necessidade processual. In: **Processo de conhecimento, provas**. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). Salvador: Juspodivm, 2015.

ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidade democrática: imparcialidad, reflexividad, proximidade**. Buenos Aires: Manantial, 2009.

SCHAUER, Frederick. **Profiles, probabilities and stereotypes**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.

SILVA, Blecaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. **Processo de conhecimento, provas**. Coord. Geral: Fredie Didier Jr. Organizadores: Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. Salvador: Juspodivm, 2015.

STRECK, Lênio Luiz. Dilema dos dois juízes diante do fim do livre convencimento do NCPC. **Processo de conhecimento, provas**. In: **Processo de conhecimento, provas**. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). Salvador: Juspodivm, 2015.

STRECK, Lênio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 5, número especial, 2015.

TARUFFO, Michele. **La Prueba de los hechos**. Tradução de: Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

TARUFFO, Michele. **La prueba**. Tradução de: Jordi Ferrer Beltrán. Madri: Marcial Pons, 2008.

TARUFFO, Michele. **La Prueba, Artículos y Conferencias**. Santiago: Editorial Metropolitana, 2015.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a reconstrução dos fatos**. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Da democracia da América**. São João do Estoril: Principia, 2007.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

TOLSTÓI, Liev. **Guerra e paz**. Tradução de: Rubens Figueiredo. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

TOULMIN, Stephen Edelston. **Os usos do argumento**. Tradução de: Reinaldo Guarany. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

TWINING, William. **Rethinking evidence**. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

VILAR FILHO, José Eduardo de Melo. **Prova judiciária e verdade: enfoque constitucional**. Dissertação Apresentada ao Mestrado em Direito Público da Universidade Federal do Ceará – UFC como critério parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito (Área de Concentração: Ordem Jurídica Constitucional). Orientador: Prof. Dr. Marcelo Lima Guerra. Fortaleza, 2006.

WALTON, Douglas. **Burden of proof, presumption and argumentation**. New York: Cambridge University Press, 2014.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Fundamentos da sociologia compreensiva. v. 2. Tradução de: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. São Paulo: Editora UnB. 2004.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **The judicial application of law**. Tradução de: Sadowe Stosowania Prawa. Maryland: Springer Science+Business Media Dordrecht, 1992.