UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

FERNANDO BRAGA DAMASCENO

O SISTEMA BRASILEIRO DE VALORAÇÃO DA PROVA JUDICIAL:

UM MODELO MEDIADO PELA CIÊNCIA DO DIREITO PROBATÓRIO QUE LEVA A SÉRIO O ERRO

Recife
2023

FERNANDO BRAGA DAMASCENO

O SISTEMA BRASILEIRO DE VALORAÇÃO DA PROVA JUDICIAL:

UM MODELO MEDIADO PELA CIÊNCIA DO DIREITO PROBATÓRIO QUE LEVA A SÉRIO O ERRO

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial à obtenção ao título de Doutor em Direito. Área de Concentração: Transformações do Direito Público. Linha de Pesquisa: Jurisdição e Processos Constitucionais.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Jose Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da Cunha.

Recife

2023

Catalogação na fonte
Bibliotecária Ana Cristina Vieira, CRB-4/1736

D155s Damasceno, Fernando Braga.
O Sistema Brasileiro de Valoração da Prova Judicial: um modelo mediado pela Ciência do Direito Probatório que leva a sério o erro / Fernando Braga Damasceno. -- Recife, 2023.
336 f.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo José Ribeiro Coutinho B. Carneiro da Cunha.
Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2023.

Inclui referências.

1. Direitos Fundamentais - Brasil. 2. Valoração da Prova. 3. Erro Judiciário. 4. Verdade Processual. 5. Epistemologia Judiciária. I. Cunha, Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da (Orientação). II. Título.

342.81085 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ 2023-08)

FERNANDO BRAGA DAMASCENO

O SISTEMA BRASILEIRO DE VALORAÇÃO DA PROVA JUDICIAL:

UM MODELO MEDIADO PELA CIÊNCIA DO DIREITO PROBATÓRIO QUE LEVA A SÉRIO O ERRO

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial à obtenção ao título de Doutor em Direito. Área de Concentração: Transformações do Direito Público. Linha de Pesquisa: Jurisdição e Processos Constitucionais.

Aprovado em: 21/03/2023.

BANCA EXAMINADORA

_____

Prof. Dr. Leonardo Jose Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da Cunha (Orientador)
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

_____

Prof. Dr. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (Examinador Externo)
Universidade de São Paulo - USP

_____

Profa. Dra. Anamaria Prates Barroso (Examinadora Externa)
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa- IDP

_____

Prof. Dr. Beclaute Oliveira Silva (Examinador Externo)
Universidade Federal de Alagoas - UFAL

_____

Prof. Dr. Lucas Buril de Macedo Barros (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

_____

Prof. Dr. Francisco Antônio Barros e Silva Neto (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

Para Keké e Rose.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Leonardo Carneiro da Cunha, pela orientação.

Agradeço aos professores Francisco Barros Neto, Manuela Abath, Lucas Buril, Hugo Segundo, Juraci Mourão e George Marmelstein pelas valiosas contribuições ao aprimoramento da tese.

Agradeço aos colegas de doutorado Rinaldo Mouzalas, Denarcy Souza e Isabelle Marne pelo convívio e pelas ricas discussões.

Agradeço a Rafael Montarroyos e Carlos Bradley pelo imprescindível suporte.

Agradeço aos funcionários do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, pelo auxílio.

Agradeço aos meus filhos Matheus, Larissa, Fernando e Laís, pela compreensão dos inúmeros dias privados de convívio.

Agradeço à minha esposa, Rosângela, pelo amor dedicado.

Agradeço à minha mãe por tudo.

There is a Crack in Everything. That’s How the Light Gets In.

(COHEN, 1992)

RESUMO

O presente trabalho consiste na tentativa de construção de um modelo normativo para valoração da prova judicial. Na sua propedêutica, defende-se que a disciplina da prova judicial deve ser vista como uma estrutura garantística do direito fundamental à prova, que definitivamente não pode se resumir a um direito de atuar persuasivamente, abrangendo também o direito a uma cognição adequada, que respeite determinados critérios que limitam a liberdade decisória e condicionam a legitimidade do resultado. Superando o ceticismo paralisante e o argumento de que a averiguação da verdade inexoravelmente transformaria o Sistema de Justiça numa máquina inquisitiva, incompatível com um processo equitativo, e admitindo as limitações da cognição humana, defende-se que os critérios de contenção da liberdade decisória podem ser vistos como critérios de verdade, voltados a um resgate analógico da realidade empírica que ficou no passado, objetivo que manteria a vocação da ordem jurídica de condicionar a realidade, buscando adequar o *ser* ao *dever-ser* que estabelece. Propõe-se, então, um modelo estruturado em quatro etapas, onde se agrupariam os critérios destinados à (*a*) definição sobre a (in)existência de prova, (*b*) definição sobre a (in)suficiência da prova, (*c*) expressão e unificação da(s) força(s) probatória(s) e (*d*) validação dos saberes que embasam a valoração da prova. Por fim, buscando-se dar efetividade ao modelo, projeta-se um complemento através de uma disciplina para a motivação do juízo fático probatório, para a atualização dos saberes que permeiam a valoração na praxe judiciária, para um efetivo controle sobre erros e, finalmente, para uma evolução do próprio modelo com base no aprendizado que os erros viabilizam.

Palavras-chave: valoração da prova; direito fundamental à prova; averiguação da verdade; epistemologia judiciária; raciocínio comprobatório.

ABSTRACT

This work tries to build a prescriptive model for legal evidence evaluation. In it's propaedeutic, it is argued that the discipline of legal evidence should be seen as a garantistic structure of the "fundamental right to evidence", which definitely cannot be reduced to a right to act persuasively, also encompassing the right to adequate cognition respecting certain criteria that restrict decision-making freedom and conditions the legitimacy of its result. Upon overcoming paralyzing skepticism and the argument that the verification of the truth would inexorably turn the Justice System into an inquisitive machine, which is incompatible with a fair trial, and admitting the limitations of human cognition, it is argued that the criteria for restraining decision-making discretion can be seen as criteria of truth, adopted to analogically restore an empirical reality that was left in the past, thereby maintaining the vocation of the legal order to constrains the reality, in order to adapt the being to the must-be that it establishes. What we suggest, then, is a model structured in four stages, in which it would be grouped the criteria destined to *a*) the definition of the (in)existence of evidence, *b*) the definition of the (in)sufficiency of evidence, c) the expression and unifying of probativeforce(s) and *d*) the validation of knowledge that ground the evidence evaluation. Lastly, aiming to give effectiveness to the model, we design a complement, which is a discipline to motivate the fact adjudication, in order to update the existent knowledge in judicial practice on evidence evaluation, so there can be an effective error control and, finally, so there can be an evolution of the model itself based on the learning that the errors allow.

Keywords: legal evidence evaluation; fundamental right to evidence; fact-finding; judicial epistemology; evidential legal reasoning.

RIASSUNTO

Questo lavoro è um tentativo di costruire um modello normativo per valutare la prova giudiziaria.Nella sua propedeutica, si sostiene che la disciplina della prova giudiziaria deve essere vista come una struttura garantistica di diritto fondamentale alla prova, che definitivamente non può resumirse a un diritto di agire persuasivamente, includendo anche il diritto a una cognizione adeguata, che rispetta certi critteri che limitino la libertà decisória e condizionano la legitimità dello risultatto.Superando il scetticismo paralizzante e l'argomento di che l'averiguazionne della verità inesorabilmente trasformerebbe il Sistema di Giustizia in una macchina inquisitiva, incompatibile con il processo equitativo, ed ammettendo le limitazioni della cognizione umana, si difende che i critéri di contenzione della libertà decisória possono essere visti come critteri di verità, finalizzati alla ripresa analógica della realtà empírica che è rimasta nel passato, obiettivo que mantenerebbe la vocazione del'ordine giurídica di condizionare la realtà, per adeguar l'essere al dover-essere che stabilisce.Viene quindi proposto un modello strutturato in quattro fasi, dove sarabbero agrupatti i critteri mirano a: a) la definizione sull'(in)esistenza di prova, b) definizione sulla (in)sufficienza della prova, c) l'espressione e l'unificazione della(e) forza(e) probattoria(e) e d) la validazione dei saperi che danno base alla valutazione della prova.Infine, cercando di rendere efficace il modello, si progetta un complemento attraverso una disciplina per motivare il giudizio di fato probatório, per aggiornare le conoscenze che permeano la valutazione nella prassi giudiziaria, per un effettivo controllo degli errori e, finalmente, per un'evoluzione del modello stesso con base nell'imparare che gli errori permetono.

Parole chiave: valutazione delle prove; diritto fondamentale alla prova; ricerca della verità; epistemologia giudiziaria; ragionamento probatorio.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 13
1.1 O ERRO JUDICIÁRIO COMO O ERRO NA VALORAÇÃO DA PROVA: UMA REDUÇÃO AUTORIZADA E NECESSÁRIA 13
1.2 DELIMITANDO O TEMA E PONTUANDO O PROBLEMA CENTRAL DA PESQUISA 18
1.3 O PLANO DE TRABALHO: DA HIPÓTESE ASSUMIDA E DAS ESCOLHAS METODOLÓGICAS 19
1.3.1 Da hipótese de trabalho 19
1.3.2 Uma ideia básica de «Sistema em Direito» como guia 20
1.3.3 Uma disciplina exclusiva para a resolução da *quaestio facti*? 25
1.3.4 Por que um e não dois sistemas de valoração da prova? 25
1.3.5 Aderindo a um marco teórico: o constitucionalismo garantista 27
1.4 ENFIM, DAS ETAPAS DO TRABALHO, DE SEUS RESPECTIVOS OBJETIVOS E DO OBJETIVO GERAL 30
2 OS PRESSUPOSTOS DO SISTEMA 34
2.1 O DIREITO À PROVA COMO O VALOR ESTRUTURANTE DO SISTEMA 34
2.1.1 Fundamentalidade do direito à prova (e o seu significado) 35
2.1.2 sua estrutura 37
2.1.3 Abrangência 38
2.1.4 Conteúdo: o direito ao acesso e preservação das fontes de prova 40
2.1.5 Idem: o direito à incorporação da prova ao processo 46
2.1.6 Idem: o direito à adequada valoração da prova 51
2.2 A FINALIDADE DO SISTEMA: A VALORAÇÃO DA PROVA E OS IDEAIS GARANTISTAS DE VERDADE E DE CONTROLE 65
2.2.1 Superando a ambiguidade do Direito positivo 65
2.2.2 A prova e o ideal de verdade 68
2.2.3 O critério de verdade judicial vocacionado à administração do risco de erro 73
2.2.4 O lugar da Verdade na Valoração da Prova 77
2.3 OS CONCEITOS DE VALORAÇÃO DA PROVA 80
2.3.1 A valoração da prova como resolução de problemas (*problem solving*): um conceito psicológico 80
2.3.2 A valoração da prova enquanto momento probatório: um conceito cronológico ou formal 86
2.3.3 A valoração da prova enquanto (ato de) conhecimento: um conceito lógico ou material 89
2.4 O SUJEITO DA VALORAÇÃO: (PARA ALÉM D)O IDEAL DE IMPARCIALIDADE 93

2.4.1 A insuficiência da concepção tradicional de imparcialidade 94
2.4.2 O sistema de valoração como uma ferramenta desenviesante (*debiasing*) 99
2.4.3 Indo além da imparcialidade: o julgador como um agente epistêmico virtuoso 102
2.5 O Âmbito da Valoração da Prova 105
2.5.1 A delimitação do objeto cognoscível: a prova e sua relação com a *probanda* 105
2.5.2 O (re)exame e interpretação da prova: estabelecendo a evidência 108
2.5.3 A valoração em sentido estrito: o raciocínio probatório 112
2.5.3.1 Aferindo o suporte conferido pela evidência à probanda 112
2.5.3.2 Verificando a suficiência da prova: definindo o resultado da valoração 116
3 O SISTEMA 119
3.1 A valoração enquanto verificação da existência de prova: o princípio da necessidade e seus corolários 124
3.1.1 O princípio da necessidade da prova 125
3.1.2 A identidade da prova 146
3.1.3 A preservação da prova: a prova enquanto experiência que deve ser perpetuada 147
3.1.4 Originalidade da prova 150
3.1.5 A exclusividade da prova (ou vedação do conhecimento privado do juiz) 152
3.2 A Valoração como Verificação da Suficiência da Prova: os Standards Probatórios (Externos) 153
3.2.1 O Standard da preponderância ou lógico. 157
3.2.2 Um standard mais rigoroso no processo penal: o «além da dúvida razoável» (ADR) .. 160
3.2.3 As dificuldades na definição e operação de um standard intermediário 163
3.3 A Valoração como Totalização e o Sistema como Guia para Aferir, Expressar e Combinar as Forças de cada Prova 167
3.3.1 A ideia de força probatória e os problemas relacionados à sua apreensão e expressão. 172
3.3.1.1 O chamado probabilismo jurídico e sua (in)compatibilidade com o Sistema 177
3.3.1.2 A probabilidade lógica de Cohen 186
3.3.1.3 A abdução como guia para aferição da probabilidade lógica 189
3.3.1.4 A aferição da força probatória se esgotaria na fixação da probabilidade lógica? O pensamento de Alex Stein 198
3.3.2 A totalização das forças probatórias e as demais exigências metodológicas do Sistema 206
3.3.2.1 O princípio da unidade (ou da eficácia) da prova e a exigência de uma valoração analítica ou atomista 206

3.3.2.2 A combinação ou unificação das forças e seu confronto com o standard probatório: a necessidade de um fechamento holístico 210
3.4 A Valoração da Prova como Aplicação de Conhecimento e o Sistema enquanto Critério de Validação 213
3.4.1 O papel que o «conhecimento de mundo» desempenha na valoração da prova: as regras da experiência enquanto generalizações que operam como garantia da inferência probatória 217
3.4.2 A insuficiência do senso comum enquanto critério de validação e a necessidade do seu monitoramento 219
3.4.3 A validação do conhecimento científico: a necessidade do *expert* como regra 229
4 A EFETIVIDADE DO SISTEMA 234
4.1 A Motivação do Juízo Fático-Probatório 236
4.1.1 Da necessidade de se conferir uma aptidão heurística à motivação 237
4.1.2 Qual motivação o Direito impõe ao juiz brasileiro? 243
4.1.3 Para que se leve mais a sério a motivação dos fatos: uma proposta de alteração legislativa, baseada no Direito estrangeiro 246
4.2 O controle sobre o erro na valoração da prova 251
4.2.1 O erro na valoração da prova que autoriza sua revisão: a necessidade de um conceito operativo 254
4.2.2 O erro na valoração da prova e seu controle via revisão criminal 256
4.2.3 (Idem) via Ação Rescisória 262
4.3 A Atualização dos Saberes que Permeiam a Valoração Da Prova na Praxe 267
4.3.1 A atualização dos saberes que operam na praxe judicial: entre o modelo deontológico e o educacional 270
4.3.2 Aferindo a priorização da valoração da prova judicial na formação do juiz brasileiro . 276
4.3.3 A adequada valoração da prova e suas exigências formativas 280
4.4 Buscando uma Evolução através do «Aprendizado com Erros» 285
4.4.1 Aprendendo com a experiência dos países de Common Law: um sistema voltado à descoberta de erros e um cadastro oficial de condenações errôneas 285
4.4.2 As bases para um «aprendizado com erros» 289
4.4.3 Por um «laboratório de prevenção de erros judiciários» no âmbito do próprio Judiciário 292
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS 297
REFERÊNCIAS 311

1 INTRODUÇÃO

1.1 O ERRO JUDICIÁRIO COMO O ERRO NA VALORAÇÃO DA PROVA: UMA REDUÇÃO AUTORIZADA E NECESSÁRIA

O erro judiciário[1], compreendido como a punição de alguém inocente, fruto de uma decisão judicial, definitiva ou não, sentido que lhe dá o senso comum, sempre foi daqueles assuntos que geram certa inquietação em praticamente todos. Afinal, é mesmo desconfortável só imaginar ser punido por algo que não se fez.

Essa representatividade no rol dos maiores pavores, todavia, parece que sempre decorreu muito mais da dimensão de suas consequências[2] que propriamente do convívio com uma grande quantidade de casos de punição de inocentes, já que a História do erro judiciário no Brasil do século XX não registra muitos casos[3].

---

[1]O termo «erro judiciário» é utilizado aqui num sentido mais estrito, para fazer referência àqueles que decorrem da prática dos atos jurisdicionais. Isso se justifica porque é esse grupo de atos judiciais que apresentam a pretensão de estabilidade – coisa julgada –, que representaria um obstáculo ao reconhecimento do erro, contornável apenas por intermédio de um regime jurídico específico. Ou seja, não fosse a fixação de sua indenizabilidade no texto constitucional (artigo 5º, LXXV), poder-se-ia encontrar dificuldades para contornar os efeitos da coisa julgada, já que é pressuposto óbvio do dever de indenizar o reconhecimento do erro da decisão, o que esbarraria em limites fixados no ordenamento infra legal, notadamente nos requisitos que se costumam estipular para a revisão desses atos (prazo, requisitos materiais etc.); daí a razão de um dispositivo expresso na Constituição prevendo a indenizabilidade das condenações decorrentes de erro judiciário. Ou seja, ao menos na seara penal, há um vetor constitucional que se contrapõe a obstáculos para o reconhecimento do erro que gerou a condenação indevida. A legislação portuguesa, editada sob dispositivo constitucional semelhante ao nosso, dá bom exemplo dessa distinção: para a indenizabilidade do «erro judiciário não penal», exige-se a configuração do erro grosseiro. Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro, RRCEE – artigo 13 – "Responsabilidade por erro judiciário - 1 - Sem prejuízo do regime especial aplicável aos casos de sentença penal condenatória injusta e de privação injustificada da liberdade, o Estado é civilmente responsável pelos danos decorrentes de decisões jurisdicionais manifestamente inconstitucionais ou ilegais ou injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de facto."

[2] De fato, as consequências do erro extrapolam a perda da liberdade e/ou do patrimônio, gerando um inevitável abalo psicológico, agravado por uma sensação de impotência.

[3] Uma busca textual em todos os números da Revista Brasileira de Ciências Criminais revela aqueles que se tornaram conhecidos como casos de erro judiciário: *a*) o caso Mota Coqueiro (CARVALHO FILHO, Luiz Francisco. Mota Coqueiro: o erro em torno do erro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 33/2001, p. 261 - 274 | Jan - Mar / 2001); *b*) o caso dos Irmãos Naves (DOTTI, Renê Ariel. O caso dos irmãos Naves. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** | vol. 8/1994 | p. 184 - 197 | Out - Dez / 1994); e *c*) o caso do Citroen Negro, conhecido também como o crime do Sacopã (DOTTI, Renê Ariel. O crime do Sacopã. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 16/1996, p. 326-342, out-dez/1996). João Honório de Souza Franco, que em sua tese de doutorado sobre a responsabilidade do Estado por erro judiciário abriu tópico para abordar os casos com maior repercussão, menciona pesquisa em bibliografia correlata, que aponta os mesmos três casos (FRANCO, João Honório de Souza. **Indenização do erro judiciário e prisão indevida.** Tese de doutorado em Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 160-172). Ainda se pode agregar a esses o *d*) Caso Joel (MARTINS, Ricardo Cunha. **Prova criminal:** história de um erro judiciário: o caso Joel – o homem errado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002) e *e*) o caso do Maníaco de Anchieta (Disponível em: https://www.migalhas.com.br/quentes/31644/stj--estado-e-condenado-a-pagar-dois-milhoes-a-inocente-que-passou-13-anos-no-carcere Acesso em 04 jan. 2021.). Confirmando o limitado número de casos que repercutiram, o Canal Ciências Criminais, que dedica espaço para abordagens de casos de erro judiciário,

Aliás, essa quantidade sempre favoreceu a defesa de que os erros da justiça brasileira eram excepcionais e formavam insignificante conjunto[4] e, como essa ideia de excepcionalidade, ou de insignificância numérica, não poderia ser facilmente refutada, as coisas terminavam seguindo bem, mantendo-se, nesse ponto, a credibilidade do nosso Sistema de Justiça[5].

Entretanto, nos últimos anos, a pauta de críticas ao Judiciário vem sendo cada vez mais incrementada por casos de condenações errôneas, o que parece bem nítido não apenas na mídia tradicional, mas notadamente nos novos meios de comunicação vinculados à internet[6], mesmo porque ambas as espécies mantêm marcante interação recíproca.

À primeira vista, pode-se pensar que esse quadro decorreria unicamente da maior visibilidade gerada por esse incremento nos meios de divulgação, já que não parece mesmo haver razão para admitir que os juízes ou jurados brasileiros passaram a errar mais nesses últimos anos. Todavia, há que se reconhecer que, para despertar o interesse daqueles que protagonizam esse tipo de controle social, faz-se imprescindível que o erro emerja com certa nitidez, ou seja, com a necessária aptidão para formar algum consenso, não bastando o grito

---

acrescenta apenas os casos Escola Base (1994) e o caso do Bar Bodega (1996), que não versaram sobre a condenações errôneas, mas de prisões provisórias indevidas decorrentes de abusos/equívocos da investigação. Disponível em: https://canalcienciascriminais.com.br/artigos/erro-judiciario Acesso em 15 jul. 2021.

[4] À guisa de ilustração a seguinte matéria jornalística: "Para o juiz Fábio Uchôa, titular do 1º Tribunal do Júri do Rio de Janeiro, no entanto, os equívocos cometidos pelo Judiciário correspondem a exceções. Ele afirma que o número de casos desse tipo não é significativo. — Os erros são pouquíssimos, se considerarmos o universo de pessoas julgadas. O número é até não considerável. Claro que o ideal é que não haja erro algum, mas qualquer obra humana está sujeita a erros — avalia o magistrado: — Acho que a Justiça criminal brasileira atende bem à sua finalidade". (Disponível em: https://oglobo.globo.com/brasil/as-injusticas-da-justica-brasileira-18541969 Acesso em 24 ago. 2021.). Essa impressão de que tudo anda bem é talvez o que explica a não inclusão, pelos dirigentes do Judiciário brasileiro, do erro judiciário na pauta da vez, parecendo exceção a atuação muito recente do CNJ que instituiu grupo de trabalho voltado ao problema das condenações errôneas derivadas de falsos reconhecimentos de pessoas (Portaria nº 209, de 31/8/2021). Essa desatenção com o risco de erro é também percebida por DUCE (2022, a – p. 315-316) em relação ao Sistema de Justiça chileno: "En Chile, la evidencia disponible muestra la existencia de uma cantidad no despreciable de casos de condenas erróneas. Investigaciones recientes, por su parte, identifican prácticas muy similares a las descritas por la literatura comparada como aquéllas que tienen más incidência en generarlas. Por lo mismo, todo indica que existiría un problema de mayor magnitud que el que históricamente se ha considerado.". DUCE JULIO, Mauricio. La corrección de condenas erróneas en el ámbito comparado: análisis de algunos ejemplos para alimentar el debate en Chile. **Revista Brasileira De Direito Processual Penal**, vol 8, 2022, p. 693.

[5] Perceba-se que a baixa avaliação da credibilidade do Judiciário tem como razões declaradas o fato de que o serviço que presta seria "lento, caro e de difícil utilização.". (MARRARA, Thiago. Macera, Paulo H. Responsabilidade Civil do Estado por Erro Judiciário: aspectos conceituais, doutrinários e jurisprudenciais. In **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**. ReDAC18, 2015, p. 136.). Confira-se diretamente o Relatório ICJBrasil - Índice de Confiança na Justiça no Brasil. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19034/RelatorioICJBrasil_1_sem_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em 24 ago. 2021.

[6] Na mídia tradicional, pode-se mencionar o quadro do programa jornalístico "Fantástico" chamado "Projeto Inocência"; em canais fechados, o programa "Em Nome da Justiça", do canal AXN; nos canais vinculados à Internet, podemos destacar a série documental "*Innocence Files*", na Netflix; sem mencionar perfis em redes sociais, sites, podcasts disponíveis em plataformas de *streaming* etc.

daquele que se diz injustiçado, nem mesmo uma boa estória.

Em outras palavras, ainda que não se exija o reconhecimento formal, pelo próprio Judiciário, o surgimento de mais um caso de erro judiciário dependerá, sobretudo, de uma demonstração convincente.

Admitindo isso, mostra-se como uma boa explicação para o mencionado incremento de visibilidade, o advento de algumas tecnologias que podem ser empregadas para melhor conhecer os fatos do passado e, consequentemente, para revelar eventuais deficiências do (ato de) conhecimento porventura já operado.

Os casos a seguir ilustram o que seriam boas demonstrações de erros obtidas com a ajuda dessas novas tecnologias: a) a condenação do acusado por estupro com base no reconhecimento da vítima, posteriormente confrontada com um exame técnico da imagem do próprio estuprador quando deixava a cena do crime, captada por sistema de videovigilância, que demonstra que o condenado seria, pelo menos, 25 cm mais baixo que o criminoso[7]; b) decisão que estabelece, com base no depoimento de dois policiais militares, que o acusado transportava em seu carro um tablete com 800 gramas de maconha, posteriormente confrontada com um vídeo gravado por um sistema de segurança de um condomínio próximo ao local da abordagem, donde se vê um dos policiais colocando um volume equivalente no carro do acusado[8]; c) a condenação de um indivíduo pela prática de roubo e estupro (perpetrados num mesmo contexto) com base no reconhecimento feito pela vítima e no depoimento do sujeito que, apanhado com todos os bens subtraídos, afirmou que os adquiriu do acusado, posteriormente confrontada com um laudo de DNA, que atesta que o material biológico encontrado na cena do crime (colcha da cama em que se deu o crime sexual) proveio justamente deste que foi considerado pela justiça apenas o receptador[9].

Registre-se, de logo, que não se recomenda qualquer espécie de deslumbre com tais tecnologias, a ponto de considerar resolvido o problema da verdade no processo judicial ou mesmo cogitar sobre sua infalibilidade. É claro que elas também apresentam seus problemas, chegando, inclusive, a configurar novas fontes de erros, conforme já se vê em alguns debates

---

[7] O caso Antônio. Disponível em: https://g1.globo.com/ce/ceara/noticia/2019/07/30/justica-manda-soltar-borracheiro-que-ficou-5-anos-presos-por-engano-apos-ser-acusado-de-estupro-em-fortaleza.ghtml. Acesso 24 ago. 2021.

[8] O caso Douglas. Disponível em: http://tv.r7.com/record-tv/jornal-da-record/videos/exclusivo-pms-forjam-flagrante-em-carro-e-colocam-inocente-na-cadeia-21082019?fbclid=IwAR1pwjgWBDRNTqFdjNYEpoJ2ckYPbRlYZ3p_w2VXYnxoiNxQ30hZRMyMQ Acesso em: 24 ago. 2021.

[9] Caso Israel. Disponível em: http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2015/09/pela-1-vez-justica-refaz-julgamento-de-preso-com-base-em-banco-de-dna.html Acesso em 24 ago. 2021.

protagonizados entre os cientistas forenses[10].

É inevitável reconhecer, entretanto, que essas inovações podem propiciar um incremento de segurança, de confiabilidade, no conhecimento sobre um determinado fato do passado, se comparado àquele viabilizado pelos meios tradicionalmente empregados nos processos judiciais, de sorte que seu uso para demonstrar o erro de um decreto condenatório pode evitar o "dito pelo não dito", impasse comum na grande maioria dos casos de revisão criminal, que durante, muito tempo, só era superado em situações raríssimas, como o caso em que a "vítima" de homicídio reaparece viva na região[11] ou do indivíduo que, no leito de morte, confessa a autoria de crime e revela alguma informação que só o próprio criminoso conheceria[12].

O emprego dessas tecnologias, além de ter a aptidão para gerar um resultado imediato – a exposição do erro e a correção da injustiça decorrente –, termina por viabilizar a formação de uma amostra que parece não estar contaminada por qualquer fator relacionado a uma peculiar capacidade de enganar dos elementos de prova que conduziram às condenações errôneas ou por qualquer outro que tornasse mais factível o erro e que, por isso, se candidata a representar o total dos quadros probatórios que amparam as condenações e prisões processuais do nosso sistema de justiça. Ao menos, não se enxerga razão concreta que indique que, no conjunto total de condenações (ou de prisões processuais), a prevalência dessas características (que incrementariam o risco de erro) dá-se numa proporção menor que na mencionada amostra, porque a formação desta decorre de um fator aleatório, desconectado da

---

[10] Sobre os riscos das provas de vídeo, ver RICCIO, Vicente; SILVA, Beronalda; GUEDES, Clarissa; MATTOS, Rogério. A Utilização da Prova em Vídeo nas Cortes Brasileiras: um Estudo Exploratório a Partir das Decisões Criminais dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais e São Paulo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCRIM**, v. 118, jan-fev, 2016) e MNOOKIN, Jennifer L., The Image of Truth: Photographic Evidence and the Power of Analogy, **Yale Journal of Law & Humanities**, v. 10, Iss. 1. Art. 1. 1998. Sobre recente discussão sobre a segurança e controlabilidade de software utilizado na interpretação de resultados de exames de DNA. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-jul-14/software-avancado-exame-dna-contestado-eua - acesso 24 ago. 2021.

[11] Caso Irmãos Naves.

[12] Caso Mota Coqueiro ou da Fera de Macabu: (MARCHI. Carlos. **Fera de Macabu:** a história e o romance de um condenado à morte. Rio de Janeiro: Record, 1998). Luís Francisco Carvalho Filho defende que a tal confissão no leito de morte pelo verdadeiro assassino não passou de uma ficção, o que não deixa de reforçar a ideia de que se exige algum elemento concreto e determinante para que se possa dizer que se está diante de um caso de erro. Segundo o autor, "Em dezembro de 1877, José do Patrocínio (nascido em Campos, assim como Coqueiro) começa a publicar, em capítulos, no jornal Gazeta de Notícias, um folhetim sobre a tragédia. A narrativa é melodramática, empolada. Além de criar diálogos inspirados nos rumores direcionados para a atribuição da culpa a Úrsula das Virgens, conta que duas décadas depois, um caboclo chamado Herculano, no leito de morte, confessaria ao próprio filho a autoria dos assassinatos que levou Coqueiro à forca, isentando-o de qualquer responsabilidade: 'é um segredo de minha vida que desejo que tu espalhes por toda a parte apenas eu morra'. O tal Herculano nunca existiu ou, pelo menos, dele nunca se encontrou um rastro qualquer, mas a confissão do caboclo e o livro de Patrocínio se firmaram como referência histórica." CARVALHO FILHO, Luís Francisco. Mota Coqueiro: O Erro em Torno do Erro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 33/2001, p. 261 – 274, jan - Mar / 2001, p.261.

ideia de uma má-qualidade da prova que levou à condenação: justamente a disponibilidade do elemento ou vestígio que, mediante o uso da nova tecnologia, terminou por expor o erro[13].

Isso faz chamar a atenção para outro conjunto de dimensão desconhecida: aquele formado por decisões que restaram apoiadas em elementos de prova e em raciocínios ou argumentos equivalentes aos que embasaram as condenações errôneas, mas que não puderam contar com a ajuda dessas novas tecnologias, por não se dispor dos respectivos elementos ou vestígios.

Por sua vez, dito conjunto, que de modo algum poderia ter subestimada sua dimensão[14], projetaria uma densa sombra sobre a credibilidade do nosso Sistema de Justiça, que já não poderia ser mais afastada com o desgastado argumento da excepcionalidade do erro, baseado unicamente na diminuta proporção das decisões errôneas reveladas.

É que a excepcionalidade da revelação do erro já se mostra como a melhor explicação para o limitado número de erros conhecidos, impedindo que se firme a hipótese de que os erros cometidos são raros e coincidentes com os chamados erros invencíveis, com os quais o Sistema de Justiça conviveria bem[15].

A aproximação com esses casos sugere, então, que as causas dos erros consistem em falhas na avaliação das respectivas provas, na aferição da idoneidade do suporte epistêmico da hipótese da acusação, requisito legitimador da grave restrição, embora não o único. E essa

---

[13] Todos esses casos compartilham uma origem comum: a disponibilidade de determinados elementos de prova que (analisados com a ajuda de novas tecnologias) foram capazes de fazer prevalecer a hipótese oposta àquela defendida pelo acusador e acolhida pelo Judiciário. Em relação às chamadas "DNA exonerations", p. ex., trata-se de casos em que o criminoso deixou material biológico próprio na cena do crime ou no corpo ou roupas da vítima.

[14] Basta pensar que: (*i*) nos Estados Unidos, a maior parte dos erros comprovados dependeram de exames de DNA sobre vestígios coletados e preservados; e (*ii*) no Brasil, o recurso ao DNA é praticamente nulo, bastando olhar para o resultado da pesquisa conduzida por HADAD, que não encontrou um caso de uso do DNA em revisões criminais no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, um dos maiores e situado num dos estados mais desenvolvidos do Brasil. Segundo o professor, "Para se ter ideia do nível de emprego do teste de DNA pós-condenação, em *nenhuma das 4.643 revisões criminais ajuizadas houve a utilização da tecnologia*, na tentativa de inocentar o sentenciado." HADDAD, Carlos H. B. Velho conhecido, nova aplicação: exame de DNA pós-condenação. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 187/2022. p. 95 – 120. 2022, p. 103.

[15] Apenas os erros invencíveis poderiam ser compreendidos como o preço que o Sistema de Justiça paga pelos benefícios que propicia. Aqueles erros que decorrem de uma má concepção do Sistema de Justiça – qualidade do procedimento; qualidade dos julgadores – podem ser vistos, adotando-se o ponto de vista do projetista do Sistema, como erros deliberados, salvo se representarem elevado ou insuportável custo. A se admitir isso, valeria aqui a lição de Alex Stein que, apoiando-se em Dworkin, esclarece: "The prevalent moral vision distinguishes between erroneous convictions that are accidental and wrongful convictions that are deliberate. By drawing this distinction, it underscores that it is one thing to convict an innocent person accidentally, when there are no evidence-based reasons for doubting her guilt, but quite another to convict an innocent person by knowingly disregarding such a reason. The first case is just a misfortune; the second constitutes an injustice. The first case involves bad luck that may befall any person. The second involves a deliberate, and therefore unjust, sacrifice of an individual for the good of society, a sacrifice that violates equality and fairness". STEIN, Alex. Constitutional Evidence Law, 61, **Vanderbilt Law Review,** 127, 2008, p. 120-121. Disponível em: https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol61/iss1/2 Acesso em 04 ago. 2021.

hipótese vai se consolidando, na medida em que:

a) se constata que as narrativas que fizeram emergir os erros não costumam incorporar, como sua principal causa, a violação a regras processuais não vocacionadas à melhoria epistêmica do juízo fático-probatório ou mesmo uma má interpretação da norma de Direito material;

b) não se consegue estabelecer que os erros estejam associados a quadros probatórios com uma peculiar aptidão para enganar quem domina em boa medida o conhecimento de mundo atual relacionado à sua significação e que poderiam derivar de falhas (ou mesmo de fraudes) ocorridas na fase de investigação; e

c) se a causa dos erros for um suposto potencial enganador sistemático —configurador de uma regularidade do Sistema de Investigação —, sua incorreta compreensão (ou a não detecção da falha, ou fraude) já demonstraria que a valoração da prova é deficiente.

1.2 DELIMITANDO O TEMA E PONTUANDO O PROBLEMA CENTRAL DA PESQUISA

Parece justificada, assim, uma particular preocupação com a qualidade da valoração da prova judicial[16], não apenas no âmbito da justiça penal, mas em todo o nosso sistema de justiça, já que efetivamente não há o efetivo emprego de métodos ou técnicas distintas para a valoração das chamadas prova penal e prova cível[17], não havendo razão para pressupor que, no âmbito desta última, se estaria valorando a prova com uma maior qualidade e, consequentemente, cometendo menos erros.

Daí porque se propõe uma abordagem da valoração da prova judicial preocupada com o erro, o que, por se tratar de um assunto pouco explorado, faz de logo emergir um problema que reclama árduo trabalho de pesquisa e que pode assim ser ementado: *como a ciência do direito probatório pode mediar a construção de um modelo (normativo) para a valoração da prova judicial no Brasil, que incorpore a redução do risco de erro como sua finalidade?*Ou, dito de outro modo,*qual seria, num marco que impõe a prevenção ao erro, um bom modelo normativo para a valoração da prova judicial no Brasil?*

---

[16] O estreitamento se justifica, quer porque a valoração da prova na decisão final é que, geralmente, respaldará as maiores restrições à liberdade, quer porque eventual aperfeiçoamento dessa atividade repercutirá automaticamente na qualidade daquelas decisões que impõem graves restrições a direitos ainda no curso do processo.

[17] Ademais: a) em regra, são os mesmos elementos de provas os que respaldam tanto as condenações criminais como os resultados de processos cíveis; b) não há qualquer diferença na seleção e formação dos juízes cíveis e criminais, notadamente no quesito valoração da prova; c) em boa parte dos juízos, o analista ou decisor atua indistintamente nos dois tipos de processos; d) durante boa parte da carreira, muitos magistrados costumam migrar entre as áreas cível e criminal.

1.3 O PLANO DE TRABALHO: DA HIPÓTESE ASSUMIDA E DAS ESCOLHAS METODOLÓGICAS

1.3.1 Da hipótese de trabalho

Um modelo probatorístico[18] bem desenvolvido, que articule bem os conceitos, categorias e princípios jurídicos relacionados à prova judicial, é imprescindível à tutela da qualidade do juízo fático-probatório e, consequentemente, à efetividade garantística do Sistema de Justiça. O vazio deixado faz desaparecer qualquer esperança de previsibilidade e gera injustiça, impunidade e seletividade. O processualista, assim, não pode ficar alheio ao debate em torno da juridicização da valoração da prova judicial.

A vedação à atuação arbitrária por qualquer agente público, o direito fundamental à prova, o conceito de prova, a finalidade da prova, a ideia de necessidade da prova e de corroboração probatória e os modelos de constatação de suficiência da prova, que integram nosso ordenamento jurídico-processual, projetam-se sobre o âmbito da valoração da prova, impedindo que o julgador atue com absoluta liberdade, impondo, ademais, uma pauta de racionalidade específica, o que nada tem a ver com a chamada prova legal.

Essas ideias dão ensejo à hipótese que será testada no decorrer do trabalho, justamente a de que *todos esses pressupostos projetam umregime jurídico, que disciplina a atividade de valoração da prova judicial, condicionando sua validade, regime este que não é indiferente às ideias de risco e prevenção de erros*.

Nossa hipótese pode ser vista, assim, como o passo seguinte àquele já dado por Danilo Knijinik[19], que defendeu caber à dogmática jurídico-processual (ou à processualística) mediar

---

[18] A ciência do direito probatório pode ser também denominada de probatorística. COSTA, Eduardo José da Fonseca. Ciência processual, ciência procedimental e ciência jurisdicional. **Empório do Direito**. Disponível em: http://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-8-ciencia-processual-ciencia-procedimental-e-ciencia-jurisdicional-por-eduardo-jose-da-fonseca-costa. Acesso no dia 26 dez. 2021.

[19] "É nessa quadra que a contribuição realista nos pode favorecer. De um lado, ela põe em evidência que não é possível eliminar, de todo, a intuição do julgador (...) especificamente quanto ao controle do juízo de fato, a ideia de fundamentação como processo de racionalização jurídica se estende para a formação de uma dogmática-probatória, exigindo um conjunto de categorias e processos técnicos que auxiliem no controle, o quanto possível, dos subjetivismos que incidem na formação do juízo de fato. Mais do que isso, tal perspectiva demonstra que uma ideia de livre convencimento do juiz como convencimento alheio a regras não pode ser metodológica ou cientificamente aceita, por inibir o aparelhamento teórico capaz de fazer frente às delicadas contingências do juízo de fato. (...) do ponto de vista metodológico, isso conduz a uma importante proposição: a formação do juízo de fato tem de ser mediada pela dogmática processual, não podendo ser terra estranha ao trabalho do jurista prático ou assunto privativo do mundo fenomênico, para o qual todo o saber tecnológico do jurista seria dispensável. Dito de outro modo: o realismo, ainda que não se concorde inteiramente em suas premissas, permite evidenciar a necessidade de um direito probatório sistemático, com categorias e instituições próprias, de modo a evitar que o convencimento judicial escape a toda forma de controle dogmático e a um real contraditório.". KNIJNIK, Danilo. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório. In: KNIJNIK, Danilo (coord.). **Prova Judiciária:** Estudos sobre o novo Direito Probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007,

a construção de um modelo que se volte à contenção *do arbítrio do julgador quando valora a prova*, condição primeira para que se pensar em risco e prevenção de erros nesse âmbito.

O que se considera como partida, portanto, é haver — imanente em nossa ordem jurídica— um conjunto de critérios que constrangem a liberdade do julgador quando tem que decidir se uma determinada alegação de fato será considerada provada e passará a servir como suporte para incidência da norma que regula o conflito respectivo, critérios estes vocacionados (ainda que não exclusivamente) à prevenção de erros e que *estão aguardando o merecido desenvolvimento pela ciência do direito processual, mais especificamente do direito probatório*[20].

1.3.2 Uma ideia básica de «Sistema em Direito» como guia

Não parece haver dúvidas de que cabe ao jurista, sobretudo ao cientista do Direito probatório, testar a hipótese assumida, já que tanto é observador externo, crítico do ordenamento jurídico, como também seu protagonista interno, formador de uma de suas fontes.

Sendo o objeto central de estudo a norma jurídica, recusa-se uma partida que se vê em algumas pesquisas em Direito, consistente numa idealização daquilo que seria o melhor para o indivíduo e para a sociedade, mediante reflexões filosóficas desprendidas das peculiaridades inerentes às decisões estruturantes de um ordenamento jurídico em especial. Particularmente em relação a trabalhos sobre a prova judicial, isso termina sendo comum, fazendo tentador adotar como ponto de partida (um capítulo destinado a justificar) a filiação a uma das Escolas filosóficas que polarizam o debate sobre a prova, notadamente sobre a sua finalidade: a

---

p. 25.

[20] No mesmo sentido, Antônio Brandão: "Não obstante um nítido desenvolvimento da teoria da argumentação jurídica acerca da interpretação das normas, o direito probatório (mais especificamente: a análise do fato) testemunhou a sua desatualização acadêmica diante das novas exigências impostas ao Direito. Tudo isso porque supostamente interpretar o fato seria atividade intimamente subjetiva. Com efeito, a hermenêutica jurídica se desenvolveu a ponto de se construir a ideia de que há separação entre texto legal e norma e, por isso, a atividade do intérprete sempre está ligada a certa dose de criação. Hoje em dia não causa espanto a afirmação de que os juízes, de certo modo, também criam o Direito. Tudo isso *graças a um bom desempenho dogmático dessa matéria*. No que tange à análise fática, mais especificamente quanto à qualificação das provas, todavia, permaneceu a noção de que essa averiguação se ligava ao mero subjetivismo do intérprete, sendo inviável o seu controle, a não ser pela motivação da decisão. A inexistência de categorias jurídicas mais claras na valoração do material probatório torna-se, portanto, um estorvo para sua submissão ao contraditório. Assim, a averiguação racional de questões fáticas permanece órfã na doutrina, existindo alguns poucos e isolados trabalhos sobre a categoria processual. Por tais motivos que o catecismo jurídico brasileiro e a jurisprudência devem tomar mais contato com a valoração das provas, a fim de promover uma maior racionalidade sistêmica, oportunizando o debate a respeito das escolhas feitas pelo julgador, quando este aprecia a prova dos fatos no processo judicial.". BRANDÃO, Antônio Augusto Pires. A valoração da prova e o controle da atividade judicial. **Revista de Processo**, vol. 285/2018, p. 19 – 42, São Paulo, 2018, p. 19-20.

racionalista[21], que sustenta que (a aproximação com) a verdade histórica é (ou deveria ser) finalidade essencial do processo e da prova, e a subjetivista ou psicologista, que defende que a verdade histórica seria circunstancial ou secundária, de sorte que a legitimidade da prova e de seu resultado independeria de qualquer relação de correspondência ou analogia com ela mesma[22].

Aliás, essa parece ser uma das causas de um quase abandono da valoração da prova pelos processualistas civis e penais. Aqueles que aderiram ao subjetivismo — ainda que a versões mais moderadas — terminam por considerar a valoração da prova como uma não-etapa do processo, voltando-se todas as suas atenções para a incorporação dos elementos de prova e para a justificação da decisão já tomada, como se o significado da prova surgisse naturalmente para o julgador sem qualquer esforço metódico ou atividade merecedora de maiores atenções. Os que se filiam à escola racionalista, ainda que não o façam expressamente, terminam por aderir à ideia de que, na fase de valoração da prova, deveria sair o jurista e entrar o epistemólogo, ou seja, a boa valoração da prova deveria ser entregue (quase que) exclusivamente aos conhecimentos da epistemologia, da lógica etc.[23]

Assim, na busca de um método e um ponto de partida que aparentem mais adequados a um trabalho de pesquisa em Direito, especificamente em Direito Processual Constitucional, encontrou-se na ideia de «Sistema em Direito» a ajuda para definir como se dará esta empreitada.

Por óbvio, não se perquirirá sobre todas as ideias de «Sistema em Direito», sequer as principais. O que nos basta por agora é delinear aquela que servirá como instrumento de conhecimento das normas relacionadas à valoração da prova judicial e também como guia de sua aplicação, na prática[24].

---

21 Nos países de Civil Law, Michele Taruffo é o maior representante da Escola Racionalista, sendo inúmeras as obras em que defende seus postulados, valendo mencionar aqui, TARUFFO, Michele. **A prova**. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014 e TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade:** o juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor Paula Ramos. São Paulo, 2016.

22 "A decisão judicial não é a revelação da verdade (material, processual, divina etc) mas um ato de convencimento formado em contraditório e a partir do respeito às regras do devido processo. Se isso coincidir com a "verdade", muito bem. Importa considerar que a verdade é contingencial, e não fundante. (...) o juiz na sentença constrói – pela via do contraditório – a sua convicção acerca do delito, elegendo os significados que lhe parecem válidos (dentro das regras do jogo, é claro). O resultado nem sempre é (e nem precisa ser) a "verdade", mas sim o resultado do seu convencimento – construído nos limites do contraditório e do devido processo penal. LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 385.

23 Um bom exemplo disso é Gustavo Badaró, processualista penal, um dos poucos que aprofunda o estudo da valoração da prova, mas o faz em obra intitulada "Epistemologia Judiciária e Prova Penal". BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e Prova Penal**. São Paulo, 2019.

24 Nesse sentido, Mário Losano: "[...] a tarefa do sistema jurídico consiste em descrever e em realizar a coerência valorativa e a unidade interna do ordenamento jurídico. O sistema não é, portanto, apenas um guia ao conhecimento do Direito (nisso consiste, exatamente o seu "descrever", que é sua tarefa clássica), mas é também

Aproveita-se, então, do trabalho de Canaris[25], para extrair dali os contornos do que seria um «sistema externo» e um «sistema interno» operativo. Absorve-se a ideia de «sistema externo» como sendo a sistematização, ou abordagem sistematizada, feita pelo jurista a partir da observação crítica do ordenamento jurídico.

Por outro lado, o reconhecimento de um «sistema interno» equivale à admissão de que o ordenamento jurídico, independentemente da atuação do estudioso sistematizador, já deteria a dignidade de sistema, porque já teria ínsitas, na sua própria realidade, a unidade e a coerência que lhe são conformadoras[26]. Canaris, daí, passa à ideia de que o «sistema interno» seria, por natureza, algo provisório, em constante modificação[27]. Esse sistema, que seria incompleto e que teria a possibilidade de modificar-se e de desenvolver-se é o que se poderia chamar de um «sistema aberto»[28].

O «sistema aberto» e que, portanto, se comunica com o ambiente, ou seja, com tudo aquilo que lhe é exterior[29], impõe uma percepção dele em sua dinâmica, que termina gerando uma simbiose entre os sistemas interno e externo, já que este — o produto do trabalho do jurista — termina por ser uma das fontes daquele, contribuindo para sua evolução, bem assim uma espécie de guia para a resolução de casos concretos, evitando a pura casuística na sua aplicação, mantendo íntegra a ideia de sistema de um extremo a outro.

Em resumo, pode-se dizer que essa ideia de sistema se caracteriza por uma unidade que lhe impõem os valores a que lhe são incorporados pelas normas ou princípios jurídicos[30],

---

um guia para o agir na aplicação do Direito: nisso consiste seu "realizar" o valor próprio do sistema, aplicando-o ao caso concreto". LOSANO, Mario G. **Sistema e Estrutura no direito**. volume II: o Século XX. Trad. Luca Lamberti. –São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 320.

[25] CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

[26] Idem, 1989, p. 9 e ss.

[27] Ibidem, 1989, p. 114 e ss.

[28] LOSANO, *op. cit*., p. 330-331.

[29] Edgar Morin ilustra bem a diferença entre um sistema fechado e um sistema aberto, o que, por si, já é suficiente para consolidar a ideia de que o sistema em Direito deve necessariamente ser visto como um sistema aberto. Para ele: "Un sistema cerrado, como una piedra, una mesa, está en estado de equilibrio, es decir que los intercambios de materia y energía con el exterior son nulos. Por el contrario, la constancia de la llama de una vela, la constancia del medio interno de una célula o de un organismo, no están ligados en modo alguno a un equilibrio semejante; hay, por el contrario, desequilibrio en el flujo energético que los alimenta y, sin ese flujo, habría un desorden organizacional que conllevaría una decadencia rápida". … "Dos consecuencias capitales se desprenden, entonces, de la idea de sistema abierto: la primera es que las leyes de organización de lo viviente no son de equilibrio; sino de desequilibrio, retomado o compensado, de dinamismo estabilizado. (…) La segunda consecuencia, quizá más importante aún, es que la inteligibilidad del sistema debe encontrarse no solamente en el sistema mismo, sino también en su relación con el ambiente, y esa relación no es una simple dependencia, sino que es constitutiva del sistema. MORIN, Edgar. **Introducción al pensamiento complejo**. Trad. Marcelo. Pakman, Barcelona: Gedisa, 1998, p. 43 - 44.

[30] A construção de Canaris parte da asserção segundo a qual os valores fundamentais estavam fora do sistema jurídico. Mesmo estando fora, todavia, eles são capazes de influenciá-lo: se os valores mudam, mudam os princípios e muda também o sistema jurídico. LOSANO, *op. cit*., p. 331. Os ideais de segurança/previsibilidade

donde se pode extrair que a função do sistema seria a manutenção da coerência entre aqueles valores em cada aplicação de cada uma das normas que o integram[31].

Embora a referência ao termo sistema se dê como sinônimo de ordenamento jurídico, Canaris também trabalha com a ideia de subsistemas, que seriam os setores do ordenamento que teriam (alguma) autonomia teleológica, conferida por um valor específico, incorporado por algum princípio (ou subprincípio), sobre (ou em torno d)o qual se estruturam, o qual também lhes confere unidade e coerência[32].

Assim, o ordenamento jurídico pode ser tomado como o sistema que se estrutura em torno dos valores mais importantes de uma dada sociedade e, nessa estruturação, a partir de certa altura, pode-se enxergar determinado conjunto de normas funcionalizadas a concretizar um valor específico, que formariam um subsistema, que, por sua vez, poderia ter sua estrutura formada por unidades menores, também dotadas de alguma autonomia teleológica[33].

Doravante, a valoração da prova não será mais tratada apenas como uma atividade ou fase probatória, mas como um sistema formado por um conjunto de normas que a juridicizam — estruturadas em torno de um valor que lhe dá unidade e coerência.

Além de referirem-se a esse específico conjunto de normas integrantes de um dado ordenamento jurídico, as expressões «sistema de valoração da prova judicial»[34] ou, simplesmente, «valoração da prova judicial» poderão significar:

a) uma idealização ou sistematização de um conjunto de regras e princípios, que

---

se manteriam à medida que as alterações ou mesmo o surgimento de um novo valor não podem ser reconhecidos da noite para o dia, numa decisão judicial, p. ex., senão reclama um processo lento, como aquele contemplado por nossa Constituição em seu artigo 5º, §2º, que "tem a grande vantagem de permitir uma concordância entre a lógica democrática e os valores de justiça. Dá protagonismo à segurança jurídica, mas contém, simultaneamente, as perversões dos excessos positivistas e jusnaturalistas na aplicação do Direito. Assim, não só afasta o intérprete da tentação de sobrepor as suas convicções pessoais a um texto positivo, como lhe faculta uma orientação objectivista relativamente sólida na interpretação da Constituição. PALMA, Maria Fernanda. **Direito Constitucional Penal**, Coimbra, 2006, p. 41.

[31] LOSANO, *op. cit*., p. 321.

[32] "b) Os tipos de funções dos «princípios gerais do Direito» na formação do sistema.
Apurada e demonstrada a escolha para elementos constitutivos unitários dos princípios gerais de Direito, surge, como nova tarefa, o tecer considerações mais pormenorizadas sobre o modo e a forma pelo qual eles acatam a sua função sistematizadora. Salientem-se, aqui, quatro características: - "os princípios não valem sem excepção e podem entrar entre si em oposição ou em contradição" (...); - "não têm a pretensão da exclusividade" (...); - "ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas" (...); e - "necessitam, para a sua realização, de uma concretização através de sub-princípios e valores singulares, com conteúdo material próprio". CANARIS, *op. cit.,* p. 88 e ss.

[33] O sistema de investigação criminal preliminar poderia ser visto como um subsistema do sistema de persecução penal, que, por sua vez, poderia ser visto como integrante do sistema de tutela da liberdade individual, que por sua vez, em relação ao nosso ordenamento jurídico é, também, subsistema.

[34] Não se usará ordinariamente o termo subsistema, porque, a rigor, todos os são. Recorrer-se-á a ele apenas quando se entender necessário para enfatizar essa particular relação de conteúdo e continente entre dois ou mais sistemas, ou seja, entre sistema e subsistema.

podem não corresponder a um sistema normativo existente e operável concretamente[35]; e

b) o sistema enquanto ente que, buscando alterar a realidade, opera no mundo real, o qual deve seguir a ordem abstrata estabelecida por aquele conjunto de normas[36].

Assim, enquadrar a valoração da prova na ideia de sistema normativo[37] traz imediatas consequências ao presente trabalho:

a) impõe se considere o valor de segurança jurídica ou de previsibilidade dos resultados concretos do sistema que opera[38], ou seja, estabelece uma tensão no sentido de diminuir o risco de resultados aleatórios;

b) faz chamar a atenção para que a valoração da prova está inserida num sistema maior, cujos valores que lhe dão fundamento reclamam coerência com esse todo, ou seja, uma conjugação de esforços com os subsistemas vizinhos para um fim comum;

c) paradoxalmente, também faz chamar atenção para alguma autonomia da valoração da prova, que indica que sua finalidade imediata pode apresentar alguma dissidência quando confrontada à finalidade do sistema que a engloba[39].

Assim, de forma muito resumida, a hipótese de trabalho consistirá num modelopara o sistema de valoração da prova brasileiro, que desde a construção de suas bases rivalizará com os dois modelos extremos já mencionados.

---

[35] Essa é a ideia de sistema externo, que se trata de idealização feita pelo observador. O sistema, aí, seria construído pelo jurista e poderia não ter uma perfeita correspondência com o sistema interno, ou seja, o sistema idealizado pode não ter operabilidade prática. Para uma melhor compreensão, parece calhar uma analogia simplória, mas que parece didática. Imagine-se que um dado sistema: um automóvel. Pode-se fazer uma análise sobre todas as peças que direta ou indiretamente são funcionalizadas à frenagem. Pode-se observar e reproduzir um sistema de freios, criando assim um sistema externo, idealizado, e que tem correspondência com o sistema que opera na prática. Ocorre que se pode também criar uma espécie de abordagem sistemática de um sistema geral de freios, a partir da análise de todos os sistemas concretos de freio, de motos, bicicletas — este sistema geral não tem operabilidade, não existe na realidade um dado sistema concreto.

[36] O jurista trata de um dever-ser para convolar-se em ser; os dois planos acabam merecendo sua atenção: ora, não se pode imaginar que ainda trabalhe um sistema perfeito, coerente e evidentemente irrealizável na prática.

[37] O que, registre-se, não significa qualquer compromisso com as ideias do agora chamado paleopositivismo, notadamente com a suposta completude do direito objetivo, muito menos o de origem estatal.

[38] "Embora a sua estrutura possa ser ainda pouco esclarecedora, poder-se-á dizer em resumo: a hipótese de que a adequação do pensamento jurídico-axiológico ou teleológico seja demonstrável de modo racional e que, com isso, se possa abarcar num sistema correspondente, está suficientemente corroborada para poder ser utilizada como premissa científica." CANARIS, *op. cit*., p. 74.

[39] A incompreensão disso pode gerar perplexidades na operação/avaliação do (sub)sistema. Uma analogia, embora simplória, parece didática: considere-se um sistema de deslocamento/transporte: um automóvel qualquer. Ele é resultado da integração de vários subsistemas, todos vocacionados a, de forma mediata, garantir o deslocamento. Não há dúvida de que essa é a finalidade do sistema. Pois bem: um dado subsistema pode ter, isoladamente, uma finalidade imediata contrária à do sistema. Imagine-se sistema de freios como um subsistema integrante do sistema de deslocamento. Sua função imediata é contrária à do sistema que integra, visto que é justamente a de fazer parar ou mesmo impedir o deslocamento, o que não implica que sua função tem menor relevância que outras de outros subsistemas que compartilham. É claro que, por um lado, o sistema de freio não pode "atrapalhar" o deslocamento, p. ex., demorando a liberar o movimento quando não mais interessar o estado de repouso ou gerando atrito desnecessário, mas, por outro, pode não se justificar um ajuste nos freios (diminuindo-lhes a eficácia) para compensar uma deficiência na propulsão do sistema, encargo de outro subsistema.

1.3.3 Uma disciplina exclusiva para a resolução da quaestio facti?

Poder-se-ia dizer que qualquer tentativa de juridicização da decisão fático-probatória configuraria hipótese natimorta ante à indissociabilidade das chamadas «questão de fato» e «questão de direito», de sorte que a valoração da prova não teria a autonomia ensejadora de um (sub)sistema normativo próprio: eventual disciplina da decisão teria que ser uma só.

Ainda que, no campo teórico, se viesse a reconhecer que não se pode separar (completamente) a «questão de fato» da «questão de direito», por conta da indispensável mediação pela linguagem, com suas imprecisões e carga valorativa[40], o certo é que, no dia a dia dos processos judiciais, a dita questão puramente de fato faz-se presente, sim, sendo, ademais, muito comum esse isolamento ou essa dissociação.

Se, p. ex., a justiça de uma decisão depende da definição sobre se foi «João quem efetuou o disparo de arma de fogo contra José em dia e hora, causando-lhe a morte», sendo os inerentes aspectos valorativos e/ou conceituais compartilhados por todos os protagonistas da relação processual e também pelo "auditório" através do qual ecoará a decisão[41], deve-se admitir que a adjudicação do chamado "fato bruto" ou "fato externo"[42] configurará o problema central do processo, cuja solução dada poderá ser materialmente correta ou errônea, o que justifica se siga pensando na viabilidade de critérios voltados especificamente a pautar a tomada de decisão fática-probatória. Ademais, mesmo aquelas narrativas que detêm marcante carga valorativa — determinar, por exemplo, se «João efetuou o disparo necessário a repelir agressão, atual e injusta, proveniente de José» — terão, em concreto, aspectos essenciais equivalentes em tudo aos chamados fatos brutos.

1.3.4 Por que um e não dois sistemas de valoração da prova?

Como se viu, a construção de um «sistema externo» não precisa guardar perfeita simetria com o sistema que opera na prática. Poder-se-ia conceber um sistema (ou uma teoria) para abranger todas as normas que regulam todas as espécies de contratos, incluindo os administrativos, que jamais corresponderá a um grande sistema interno, senão a vários

---

[40] CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Questão-de-facto, questão-de-direito, ou, o problema metodológico da juridicidade:** ensaio de uma reposição crítica, Coimbra: Almedina, 1967.

[41] Em casos tais, o conceito de arma, de causalidade, vida e morte não costumam gerar controvérsias, nem deles dependerão a justiça da decisão.

[42] GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. **Quaestio facti** (ensayos sobre prueba causalidad y acción). Lima: Palestra Editores, 2005. p. 11.

sistemas (internos) distintos, que, embora compartilhassem algumas características fornecidas por alguns princípios que lhes são comuns, operariam isoladamente.

É claro que, agindo assim, o jurista traz para si o encargo de definir o tratamento que deveria ser comum a todos os contratos (um regime geral), justificando essa escolha, e, também, apontar as peculiaridades do tratamento que deveria ser dispensado a cada uma de suas espécies, apresentando também suas justificativas para cada nota de distinção.

Ademais, ao final, esse trabalho só equivaleria a um sistema externo (ou a uma «teoria geral dos contratos») se resultasse na identificação de um razoável conjunto de normas (e princípios) dotado de unidade e coerência efosse aplicável a todas as espécies de contrato. Do contrário, ter-se-ia uma espécie de justaposição de diversos sistemas (mesmo) externos.

De toda forma, há que se admitir ao menos a possibilidade de que vários subsistemas integrantes de sistemas distintos possam ser agrupados e, assim, formar um novo sistema mais geral, que, embora não tenha existência empírica como tal, também não será visto como apenas uma criação do estudioso, mas como algo misto, fruto de uma observação seletiva.

Assim é que a ousadia do jurista em optar por uma abordagem mais ampla parece ser o único caminho para definir se existe esse sistema mais geral, que traria a vantagem da conjugação de conhecimentos que costumavam desenvolver-se isoladamente.

Essa é a razão de iniciar esse estudo como se a valoração da prova judicial pudesse ser uma só, o que não significa sobremaneira que se aderiu previamente à ideia de unidade da prova cível e da prova penal[43], sequer à ideia de que aquilo que as duas provas compartilham são normas mais ou menos estruturais. Esse estudo seguirá aberto, sempre destacando as peculiaridades de cada uma delas e como repercutem (ou deveriam repercutir) na valoração da prova, deixando para que o leitor lhes dê, ou não, o status de estruturais e, consequentemente, ponha-lhes um ou dois rótulos.

Registre-se, ademais, que isso não equivale a se posicionar a favor da existência de uma teoria geral do processo, aplicável ao processo civil e ao processo penal. Tal questão não será diretamente enfrentada, justamente porque num plano lógico é perfeitamente possível que um mesmo subsistema integre dois sistemas completamente distintos e cumpra bem sua função num e noutro[44].

---

[43] Todavia, pode-se concluir a partir do debate entre Carnelluti (CARNELUTTI, Francesco. Pruebas civiles y pruebas penales. **Estudios de derecho procesal**. vol. II. Trad. Santiago Sentis Melendo. Chile: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1970) e Florian (FLORIAN, Eugenio. Le due prove. **Rivista di dritto processuale civile**. vol. III, parte I. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1926), que eventuais razões que remanesceriam após a crítica daquele não estão propriamente relacionadas à valoração da prova.

[44] Retomando-se a analogia anterior: o sistema de força (o motor) de um carro pode ser exatamente o mesmo de

Enfim, a ideia de um sistema de valoração da prova judicial é admitida com um sentido mais fraco, significando apenas que há algo em comum no exame e valoração dos elementos probatórios que devem ser desenvolvidos no processo penal e no processo civil, que justificaria um tratamento em conjunto[45], ao menos até certa altura, o que, sem dúvidas, traz um pesado encargo de bem compreender as diferenças estruturais e funcionais entre essas duas espécies.

1.3.5 Aderindo a um marco teórico: o constitucionalismo garantista

O percurso tem como partida, então, uma análise da Constituição de 1988, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, do Código de Processo Civil e do Código de Processo Penal, em busca da identificação desse sistema de valoração da prova judicial, o que não poderá dispensar a doutrina e jurisprudência nacionais e estrangeiras, o próprio direito positivo estrangeiro e os saberes de áreas circunvizinhas, notadamente da epistemologia e da psicologia cognitiva.

A ideia é mapear e compreender as escolhas mais estruturais que já foram incorporadas por nosso ordenamento jurídico e que se relacionam com a valoração da prova judicial, o que certamente não se dará de forma puramente descritiva, tratando-as como se fossem portadoras de um (ilusório) sentido unívoco ou como dogmas imutáveis.

A assunção dessa partida justifica-se porque seria deveras pretensioso para o processualista querer desenhar aquilo que deveria ser uma valoração da prova ideal para o nosso Sistema de Justiça, a despeito do que possa dizer nossa Constituição e nossas leis processuais[46].

Dessa forma, embora se reconheça que a presente investigação restou influenciada

---

uma bomba d'água. Assim, por mais que o processo penal mereça uma estrutura própria e por mais que o protagonismo do julgador anterior à valoração da prova gere consequências mais graves, isso não interfere inexoravelmente no desenho do que seria um sistema de contenção; aliás, só reforça sua razão de existir.

[45] Nada parece justificar, p. ex., a defesa de conceitos diversos — para as chamadas prova penal e a prova cível — de «valoração da prova», de «resultado da valoração da prova», de «erro na valoração da prova» e de «resultado da valoração da prova errôneo» etc.

[46] Será que o jurista poderia simplesmente defender que o ordenamento não se preocupa (ou mesmo que não deveria se preocupar) com conteúdo do resultado (da valoração) da prova — ou que não exige (ou mesmo que não deveria exigir) a mais tênue relação entre este e a chamada verdade histórica — antes de, por exemplo, posicionar-se sobre o que dispõe o artigo 5º, XII, da Constituição de 1988 — "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal". Parece claro que, se a norma constitucional excepciona a tutela de valores fundamentais em nome da busca de objetos relacionados ao crime, fica difícil defender que o ordenamento não se importa com uma determinada forma de "resgate" ou "reconstrução" do mesmo.

pelas ideias de Bentham[47], de Thayer[48] e de Wigmore[49], agora reverberadas pelo trabalho de William Twining[50], que conclama todos a levarem mais a sério os fatos, as ideias do jusfilósofo inglês não formariam nosso marco teórico, já que não se pretende adotar a sua tese central, que pode ser resumida como a defesa da chamada prova livre, que implica uma valoração sem interferência de regras jurídicas[51], baseada apenas na epistemologia[52], o que, aliás, é um dos axiomas defendidos pela chamada Escola Racionalista da prova[53].

Essa opção, assim, impõe um passo atrás, para adotar como marco teórico uma ideia mais geral, não relacionada exclusivamente com a prova judicial. Assume-se, como paradigma, a ideia central defendida pelo constitucionalismo normativista ou constitucionalismo garantista, ou, simplesmente, garantismo, de Ferrajoli[54], especialmente quando apregoa que o Direito se legitima por valores que lhe são anteriores (e externos) e que a sua função não é outra, senão a de contenção do poder, impedindo ou reduzindo o arbítrio

---

[47] BENTHAM, J. **Tratado de las pruebas judiciales**. Francia: Bossange. 1825.

[48] THAYER, James Bradley. **Treatise on Evidence at the Common Law**. Boston: Little, Brown and Company. 1898.

[49] WIGMORE, John Henry. **The Principles of Judicial Proof** (second ed.). Boston: Little, Brown and Company, 1931.

[50] TWINING, W. **Rethinking Evidence:** Exploratory Essays (2nd ed., Law in Context). Cambridge: Cambridge University Press. 2006. Juntamente com Anderson e Schum, publicou o que poderia ser visto como um manual de valoração da prova para advogados. ANDERSON, T., SCHUM, D., & TWINING, W. **Analysis of Evidence** (2nd ed., Law in Context). Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

[51] "All of these efforts failed and, since Thayer, the modern tendency has been to see the law of evidence largely as a collection of disparate constraints on freedom of proof and free evaluation of evidence". TWINING, *op. cit.,* p. 97.

[52] Registre-se, embora pareça desnecessário, que não se defende um isolamento do jurista enquanto projetista do sistema, senão exatamente o contrário: a bandeira aqui levantada é a de que cabe a ele articular todo o conhecimento produzido nas áreas vizinhas, de modo a testar até onde o Direito deveria e poderia interferir na prova judicial, sobrando como possível, inclusive, que a referida intromissão se restrinja à validação de um dado modelo já desenvolvido por uma determinada corrente epistemológica, porque se mostrou o único compatível com os princípios que estruturam o Sistema de Justiça Brasileiro.

[53] Lampert cunhou a expressão *the new evidence Scholarship*. RICHARD LEMPERT, **The New Evidence Scholarship:** Analyzing the Process of Proof, 66 B.U. L. (1986). REV. 439, 439-77.

[54] "Ao lado da distinção entre constitucionalismo jusnaturalista (ou não positivista) e constitucionalismo juspositivista será oportuno, portanto, formular e discutir uma segunda distinção, apenas em parte coincidente com a primeira: a distinção entre aquele que chamarei constitucionalismo argumentativo ou principialista e aquele que podemos denominar *constitucionalismo normativo ou garantista*. A primeira orientação caracteriza-se pela configuração dos direitos fundamentais como valores ou princípios morais estruturalmente diversos das regras, porque dotados de uma normatividade mais fraca, confiada não mais à subsunção, mas à ponderação legislativa e judicial. *A segunda orientação, entretanto, caracteriza-se por uma normatividade forte, de tipo regulativo, isto é, pela tese de que a maior parte dos (ainda que não de todos) princípios constitucionais, em especial os direitos fundamentais, comporta-se como regras, uma vez que implica a existência ou impõe a introdução de regras consistentes em proibições de lesão ou obrigações de prestações que são suas respectivas garantias.*Para esta segunda caracterização, o constitucionalismo poderá ser definido como um sistema jurídico e/ou uma teoria do direito que preveem – para a garantia daquilo que vem estipulado constitucionalmente como vinculante e inderrogável – a submissão (*inclusive*) da legislação a normas relativas à produção não só formais, relativas aos procedimentos (ao quem e ao como), mas também materiais, relativas aos conteúdos das normas produzidas (ao que se deve decidir e ao que não se deve decidir), cuja violação gera antinomias, por comissão, ou lacunas, por omissão." FERRAJOLI. Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Trad. André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio L.; TRINDADE, André K. **Garantismo Hermenêutica e Neo Constitucionalismo:** Um Debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre, 2012, p. 18-19.

por parte daquele que o exerce[55].

Para o garantismo, o reconhecimento de um determinado direito no texto constitucional seria apenas uma primeira etapa no caminho de sua efetivação. Se se parasse aí, o direito, embora declarado, restaria distenso ou fraco, com pouca ou nenhuma chance de concretizar-se, o que faz necessário que, num segundo momento, o ordenamento forneça uma estrutura, algo como um projeto executivo (este sim concretizável), capaz de conferir a mínima previsibilidade ou segurança jurídica para sair da mera retórica.

Essa estrutura garantística[56] seria o conjunto das regras de natureza material e processual que conferem ao direito os contornos indispensáveis à sua concretização, demarcando a partir de e até onde os agentes estatais deveriam ou poderiam atuar legitimamente.

E todo esse percurso, que culminará com a concretização/realização desses valores fundamentais, deve operar-se seguindo uma determinada racionalidade, baseada em critérios objetivos e portanto, universalizáveis[57]. Para a doutrina garantista, a ideia de Estado de Direito impede que qualquer decisão restritiva a bens e valores dos indivíduos possa

---

[55] Norberto Bobbio, no prefácio de Direito e Razão, embora se referindo ao chamado garantismo penal, resume bem a ideia central que aqui se assume "A aposta é alta: a elaboração de um sistema geral do garantismo ou, se se quiser, a construção das colunas mestras do Estado de direito, que tem por fundamento e fim a tutela das liberdades do indivíduo frente às variadas formas de exercício arbitrário de poder.". FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** teoria do garantismo penal. Trad.Ana Paula Zomer Sica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 7.

[56] "[...] o constitucionalismo equivale a um projeto normativo que exige ser realizado através da construção, mediante políticas e leis de atuação, de idôneas garantias e de instituições de garantia. Por isto, como escrevi outras vezes, o garantismo é a outra face do constitucionalismo". [...] "No modelo do constitucionalismo juspositivista, a reparação das lacunas e das antinomias que se manifestam não é confiada ao ativismo interpretativo dos juízes, mas somente à legislação — e, por isto, à política —, no que diz respeito às lacunas; e à anulação das normas inválidas — e, por isto, à jurisdição constitucional —, no que diz respeito às antinomias. Certamente, os juízes devem interpretar as leis à luz da Constituição, ampliando ou restringindo o seu alcance normativo de acordo com os princípios constitucionais: derivando normas e direitos implícitos do sistema de direito estabelecidos, excluindo as interpretações que não se mostrarem plenamente compatíveis com a Constituição e, obviamente, aplicando diretamente as normas constitucionais em todos os casos nos quais não se exigem leis de regulamentação. [...] Quase todos os direitos fundamentais exigem, na verdade, leis de regulamentação idôneas para assegurar a todos as garantias primárias: os direitos à educação e à saúde restariam apenas no papel se não houvesse a introdução pela via legislativa da escola pública e da assistência sanitária, garantidas gratuitamente a todos; e, até mesmo, o direto à vida permaneceria inefetivo, em face do princípio da legalidade penal, se não houvesse a previsão do homicídio como crime". FERRAJOLI, *op. cit.,* p. 25- 34.

[57] Bom registrar que — a "filiação", na partida, a uma abordagem positivista do Direito (o garantismo não deixa de ser um espécie de positivismo) não representa uma ruptura metodológica total, que inviabilizaria se chegasse um resultado aproximado ao que se poderia chegar através de uma abordagem neoconstitucionalista, que aposta mais numa teoria da decisão que da atuação do legislador; isso porque a ideia de previsibilidade/segurança, termina sendo contemplada pelo valor "universalização" ou "replicabilidade das razões ou fundamentos", que é perseguida pelos neoconstitucionalistas, como Maccormick, que sustenta que "Mas o fato em questão é que o julgamento final reconhece que o caso, ainda que incomum, e dificilmente reprodutível, deve ser visto pelo Direito como um caso típico, como uma situação afirmada de modo universal.". MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito:** uma teoria da argumentação jurídica. Trad: Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Campus, 2008, p. 119.

legitimar-se apenas com base no procedimento e na investidura da autoridade[58].

Daí que não se admite um resultado da valoração da prova judicial que decorra (preponderantemente) da vontade, dos preconceitos, da intuição ou mesmo de um «modo idiossincrásico de ver o mundo» do julgador, impondo-se, para a sua legitimação, algum requisito substancial capaz de adequar-lhe àqueles valores que estruturam todo o ordenamento, cuja presença pode ser aferida com um mínimo de objetividade, por meio de um mínimo de intersubjetividade[59].

Isso já implica que o resultado da valoração da prova comporta o predicado "errôneo", já que há que se admitir possível, ao menos na generalidade dos casos, a verificação objetiva da ausência do seu requisito externo, ou seja, do descumprimento dos critérios objetivos legitimadores[60].

Aliás, reconhecer isso parece ser (um paradoxo) essencial a um Estado de Direito: *the "king"can do wrong*. Admitir a falibilidade de qualquer agente da autoridade estatal e adotar medidas voltadas ao reconhecimento, à correção e também à prevenção de erros certamente está implícito na essência de uma ordem democrática.

Registre-se, no entanto, que isso não equivale a reconhecer que o processo tem como finalidade principal (ou única) buscar "a" resposta correta em relação aos fatos controvertidos, muito menos que esta — "a" resposta correta — seria a que correspondesse à realidade histórica ou à chamada verdade-verdade.

1.4 Enfim, das etapas do trabalho, de seus respectivos objetivos e do objetivo geral

---

[58] "[...] correspondente ao tradicional e igualmente recorrente dilema e contraste entre o governo das leis e o governo dos homens, foi assim resolvido pelas atuais Constituições rígidas através da positivação da lei da razão, mesmo que historicamente determinada e contingente, na forma dos princípios e dos direitos fundamentais neles estipulados como limites e vínculos à lei da vontade, que, na democracia, é a lei regida pelo princípio da maioria." FERRAJOLI, *op. cit*., p. 23-24. "O Estado de Direito exige um processo racional, objetivo e justificado na tomada de decisões pelo Estado-juiz. Isso implica que uma decisão tomada em um caso possa ser justificada em todos os demais casos análogos a ele. Destarte, um teste de adequação de uma decisão ao Estado de Direito seria perguntar-se se a mesma decisão poderia ser tomada em caso análogo. [...] Em verdade, são muito próximas as ideias de que decisões estatais devam adotar um padrão objetivo de racionalidade e de que um Estado não seja autoritário. [...] "Isso se aplica a qualquer decisão jurídica (caso contrário, não se trataria de Estado de Direito, mas de Estado de Exceção), inclusive àquelas que realizam o acertamento dos fatos objeto do processo (...).". TRENTO, Simone. **As Cortes Supremas diante da Prova.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 33-37.

[59] Referindo-se a um modelo extremo, que denomina de "sistema sem lei", Ferrajoli assim leciona: "corresponde, ao contrário, ao chamado por Weber "justiça patriarcal" ou "do cádi", *não vinculada a nenhum critério preestabelecido, nem de fato nem de direito, mas remetida à boa vontade dos príncipes, dos notáveis, do sábio embaixo da árvore ou talvez do povo no estádio*, ..." FERRAJOLI, *op. cit.,* p. 82.

[60] Quer por alguma falha do julgador, que superestimou ou subestimou o seu valor da prova incorporada ao processo, quer porque mais adiante se logrou – através de um conjunto de melhor qualidade (mais completo) – demonstrar o desacerto do próprio resultado atingido.

Assim, a hipótese de trabalho adotada, longe de parecer ingênua ou manifestamente equivocada, apresenta-se idônea para ser testada no âmbito de uma pesquisa de doutorado, o que será feito mediante um exercício de construção, desconstrução e reconstrução de um modelo[61] vocacionado a disciplinar a atuação do julgador quando, diante do conjunto de provas incorporadas ao processo, se põe a definir se dará como provada, ou não, uma determinada alegação sobre fatos juridicamente relevantes[62].

Ademais, as escolhas metodológicas expostas permitem uma prognose sobre o trajeto que se percorrerá.

Recusando o poder de disposição[63] do julgador quando adjudica os fatos no processo,

---

[61] Que poderá extrapolar a ideia de um sistema externo (sistematização da disciplina existente), na medida em que poderá ser propositivo, defendendo soluções de *lege ferenda*. Aliás, reside aí, na própria pretensão, o ineditismo do trabalho, na medida em que ainda não se conhece estudo que buscou dar sistematicidade ou mesmo demonstrou o caráter sistemático da disciplina sobre a valoração da prova, parecendo até então válidas as ressalvas de Burnier Júnior quanto ao uso da expressão "sistema de valoração da prova", que vê como um tanto exagerada, já que o tratamento que dado à valoração da prova, pela doutrina, é compatível com no máximo o que se poderia chamar de critérios de valoração da prova. BURNIER JÚNIOR, João Penido. **Teoria geral da prova.** Campinas: Edicamp. 2001, p. 238-240. Confirmando a tese de Burnier, podemos mencionar o trabalho de NOGUEIRA, Rafael Fecury Evolução histórica dos sistemas de valoração da prova penal: continuamos evoluindo? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 156/2019, p. 307 – 352, São Paulo. 2019, escrito 18 anos após, onde, ao abordar-se a evolução dos "sistemas de valoração da prova", menciona, como o modelo para o Sistema ideal, o de "*satandard* probatório", mais adiante tratado como um critério de suficiência da força da prova, o qual, como se verá, sequer exaure o âmbito da valoração da prova.

[62] O trabalho seguirá, então, entre os modelos extremos já mencionados, testando os diversos aspectos/componentes da hipótese assumida, buscando refutá-los, o que dará ensejo aos problemas que subjazem ao central.

[63] "[...] o poder de disposição é sempre o produto de carências ou imperfeições do sistema e como tal é patológico e está em contradição com a natureza da jurisdição. Seu exercício não pressupõe motivação cognitiva, mas apenas opções e/ou juízos de valor dos quais não é possível qualquer caracterização semântica, mas apenas caracterizações pragmáticas, ligadas à obrigação da decisão. Propriamente, aqui não há sequer *jurisdictio*, isto é, denotação do que é conotado pela lei, mas simplesmente *dictum*, não baseado nos três silogismos nos quais anteriormente havia decomposto o raciocínio judicial, mas unicamente no poder que, por isso, tenho chamado de "disposição". Este poder cresce – a expensas do poder de verificação jurídica e fática dos elementos denotados legalmente e do poder de valoração das circunstâncias conotadas equitativamente – quanto mais se estendem os espaços de insegurança dos pressupostos cognitivos da decisão judicial, por defeito de uma ou de mais de uma das garantias penais e processuais penais, até excluir por completo os outros dois poderes e configurar-se como poder de disposição "absoluto", quando a insegurança é total. A insegurança, no sentido elucidado mais acima, é seguida, na realidade, da indeterminabilidade ou das dificuldades de decisão sobre a verdade processual; e volta a aparecer quando não existe uma solução (ainda que seja apenas aproximativamente) verdadeira do caso que se tem que julgar, mas várias soluções (todas igualmente) válidas. Nestes casos, decai a correlação biunívoca entre verdade da motivação e validez da decisão, ao teor da qual se fixa o modelo garantista *ventas, non auctoritas facit judicium*. Com efeito, nos modelos S1-S9, caracterizados por graus decrescentes de segurança e de garantismo, a verdade das motivações condiciona cada vez menos a validez das decisões, até não a condicionar em absoluto, por causa de sua impredicabilidade, nos sistemas mais marcantemente substancialistas e decisionistas, onde *auctoritas, non veritas facit judicium*". FERRAJOLI*,op. cit.,* p. 134-135. "Naturalmente, ainda que dotados de valor normativo, os princípios gerais utilizados como critérios para argumentar o exercício do poder de disposição não têm mais do que uma capacidade extremamente debilitada de vinculação das decisões. Na realidade, operam não (como critérios de decisão) sobre a verdade ou sobre a equidade, isto é, sobre a correspondência empírica, ainda que só aproximativa, entre as motivações aceitas e os fatos e as leis, senão diretamente como (critérios de decisão sobre) valores de justiça substancial, não definíveis em abstrato e, em certas ocasiões, incompatíveis entre si. Exigem, portanto, escolhas e valorações irredutivelmente discricionárias, que remetem à responsabilidade política e moral dos juízes. Precisamente, esta responsabilidade, ligada

oproblema de pesquisa apresenta outros subjacentes, relacionados aos fundamentos do sistema de contenção que se pretende erguer**:** qual o valor primeiro que deve ser (diretamente) prestigiado no âmbito da valoração da prova? Há mesmo um «direito fundamental à adequada valoração da prova», equivalente um direito a uma determinada modalidade de cognição a uma espécie de devido processo intelectual? Qual seu conteúdo? Qual o papel do agente da valoração ou qual a finalidade da Valoração da Prova e do Sistema respectivo? Quando começa e quando se encerra a valoração da prova?

Responder tudo isso é o objetivo do *primeiro capítulo*, onde se pretende justamente fornecer as bases necessárias à edificação ou compreensão do sistema de valoração da prova, o que, registre-se de logo, reclamará a incorporação de saberes desenvolvidos no âmbito da psicologia cognitiva e da epistemologia.

No *segundo capítulo*, operar-se-á propriamente a construção de um modelo para valoração da prova, mediante a cuidadosa projeção, para o âmbito respectivo, das estruturas básicas de um processo democrático, dos conceitos e categorizações abordados no primeiro capítulo, o que revela a imprescindibilidade de aportes da doutrina estrangeira. A depender do resultado desse esforço, ter-se-á, uma visão do próprio Sistema de Valoração da Prova Brasileiro, ainda que este apresente problemas de concretização; ainda que sobre visível uma assimetria entre o dever-ser e o ser (ou seja, a realidade das práticas judiciais)[64].

Aliás, justamente porser o garantismouma teoria normativista e realista, no *terceiro*

---

imediatamente aos valores de justiça substancial, expressos pelos princípios gerais, representa, contudo, um fator de racionalização do poder de disposição e de limitação do arbítrio em outro caso a ele associado. A função específica dos princípios gerais é precisamente, com efeito, a de orientar politicamente as decisões e permitir sua valoração e seu controle cada vez que a verdade processual seja em todo ou em parte indeterminada. Pode-se, inclusive, dizer que um sistema penal será tanto mais próximo ao modelo garantista do direito penal mínimo quanto mais esteja em condições de expressar princípios gerais idôneos para servirem como critérios pragmáticos de aceitação ou de repulsa das decisões nas quais se expressa o poder judicial, em particular o de disposição. Uma vez que os princípios gerais são construções doutrinárias, elaboradas sobre normas ou sistemas de normas, a riqueza de princípios de um ordenamento está determinada não apenas pelos valores de justiça substancial por ele incorporados no plano legal, mas também pelo trabalho científico e jurisprudencial realizado sobre ele pelos juristas. FERRAJOLI*,op. cit.,* p. 139.

[64] Não que a eficácia já não seja preocupação quando da própria idealização do modelo. Admite-se, na realidade, impõem-se, ainda ali, uma primeira prognose sobre a factibilidade da aproximação entre os planos normativo e concreto, entre a norma e sua aplicação na prática. Todavia, não sendo o caso de manifesta irrealizabilidade de um modelo, cabe ao jurista seguir com a idealização, para depois preocupar-se com o plano da sua concretização, estando é claro aberto para retomar o próprio "desenho" da própria estrutura principal se se deparar com obstáculos à concretização intransponíveis. Nesse sentido, Damaska: "Sin duda, desde uma perspectiva realista, pordría discutirse que estos instrumentos legales, independientemente que lo impresionantes que puedan parecer, interfieren poco em la liberdad de decisión Del juez de los hechos. En breve me ocuparé de la fuerza de esta argumentación. Pero ahora, el centro de mi atención está en las tendencias características de la regulación probatoria angloamericana. Si esta regulación alcanza sus objetivos es otra historia: no deben confundirse los aspectos prescriptivos e los descriptivos de problema de la libre valoración de la prueba. DAMASKA. Mirjan. **El derecho probatório a la deriva.** Trad. Joan Picó i Junoy. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 35.

capítulo, o Sistema de Valoração da Prova será examinado em suas aberturas ou conexões com os (sub)sistemas vizinhos, funcionalizados justamente a assegurar a sua efetividade. Buscar-se-á, de maneira indireta, abrindo-se mão de uma abordagem empírica, aferir a medida da concretização do Sistema, mediante a análise do próprio ordenamento quando juridiciza determinadas áreas, que, ainda que de forma não exclusiva e direta, relacionam-se com a valoração da prova e das quais depende a sua efetividade.

Assim, será abordada a disciplina (ou mesmo a ausência de uma disciplina) sobre: (*i*) a motivação do juízo fático-probatório; (*ii*) o controle sobre erros na valoração da prova; (*iii*) a seleção, formação e aperfeiçoamento dos julgadores; (*iv*) a depuração de erros detectados vocacionada ao aperfeiçoamento do Sistema.

Enfim, construir-se-á também um modelo para aquilo que seria visto como um sistema que se "acopla" à valoração da prova judicial justamente com a finalidade de promover a sua concretização na praxe judiciária.

Ao final de tudo, sobrevivendo a hipótese às inúmeras refutações que marcarão todo o trajeto descrito, aliás, dito melhor, o que sobreviver da hipótese,conformará a tese. Já se sabe de antemão, mesmo que se deixe tomar por um elevado otimismo, que este não será um modelo (doutrinário de sistema de valoração da prova judicial) pronto, acabado e operativo; no máximo, um esboço, quiçá ousado, com algumas ideias que poderão gerar inúmeros debates. Mais adiante, pelo trabalho de outros, talvez se possa chegar a um bom modelo.

É isso, por enquanto. Só resta começar a caminhada.

2 OS PRESSUPOSTOS DO SISTEMA

2.1 O Direito à Prova como o Valor Estruturante do Sistema

A Constituição de 1988, logo no seu artigo 5º, declara os direitos fundamentais dos indivíduos e assegura-lhes as garantias necessárias à sua efetivação, definindo dessa forma a essência da relação Estado-indivíduo. Ali, é reconhecido o direito de ação (ou a garantia de acesso à justiça), que pode ser entendido como o direito de recorrer ao Estado (Judiciário), para que este forneça uma tutela concreta a bem ou direito que entenda ter sido lesionado ou mesmo só ameaçado de lesão (inciso XXXV)[65]. Logo a seguir, a carta maior reconhece o direito à ampla defesa (inciso LV)[66].

Ação e defesa são direitos que terminaram reconhecidos nas ordens democráticas em tempos diferentes: este vem de um movimento de afirmação da liberdade, do final do século XVIII, protegendo o indivíduo contra restrições arbitrárias provenientes notadamente de processos criminais; aquele — o direito de ação — já vem numa segunda onda, mais ligada à afirmação de igualdade entre todos, que abrange um movimento de viabilização de acesso à justiça.[67]

Mas a verdade é que os direitos de ação e defesa, assim, reconhecidos juntos no mesmo estatuto e com a mesma dignidade, terminam fundindo-se como os dois lados de uma mesma moeda, como o direito à tutela de sua liberdade e demais bens: inibindo os respectivos ataques ou reparando-os, quando já violados. De fato, o princípio da igualdade não permite uma maior ou menor dignidade da posição processual apenas porque um dos litigantes foi o que primeiro se dirigiu ao Judiciário; demais disso, muitas vezes as ações assumem uma natureza dúplice, como no caso de uma reintegração e manutenção de posse.

Assim, ao assumir que ambos — ação e defesa — colocam o indivíduo numa posição jurídica favorecida, de merecedor de uma tutela concreta, mediante a prolação e execução de uma decisão justa, somos levados a aceitar que este assume também posições jurídicas favorecidas intermediárias, sem as quais tudo não passaria de mera retórica do Constituinte.

Somos facilmentereportados ao direito à assistência de um profissional técnico ou à dispensa ou suspensão de eventuais despesas do processo judicial, p. ex.,mas não só: aquele

---

[65] CF/88, artigo 5º, XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.
[66] LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.
[67] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 516 e ss.

que, na condição de autor ou réu, reclama a tutela judicial em seu favor, precisa de algo mais que a garantia de que um juiz receberá suas alegações em forma de argumentos técnicos. O acesso à tutela jurisdicional efetiva dependerá, no mais das vezes, da demonstração dessas alegações, notadamente daquelas relacionadas à (não) ocorrência e o modo de ser dos fatos geradores, violadores ou ameaçadores de seus direitos.

Isso nos permite chegar a uma primeira ideia de direito à prova, como sendo o direito aos meios e oportunidades que viabilizem a demonstraçãodas alegações sobre os fatos juridicamente relevantes, com vistas a autorizar sua admissão como o «suposto de fato» da norma que regula a disputa[68].

Trata-se de uma compreensão (ainda) superficial, que desvia da natureza desses meios reconstrutivos e das razões que autorizariam a admissão de uma dada alegação ou hipótese fática como provada, mas que pode ser estabelecida como um bom ponto de partida, justamente porque compatível com as diversas concepções de prova que encontram algum suporte na doutrina nacional e estrangeira.[69]

2.1.1 Fundamentalidade do direito à prova (e o seu significado)

O direito à prova já conta com o reconhecimento expresso no texto escrito de diversas Constituições democráticas[70]; todavia, a sua associação ao direito de ação e de defesa e,

---

[68] "No sentido legal (...) as provas, são as fontes das quais o juiz retira os motivos de convicção.". MITTERMAYER, *op. cit.,* p. 193.

[69] João Batista Lopes faz um apanhado geral delas: "Goldschmidt, por exemplo, assinala que "las aportaciones de pruebas son actos de las partes destinados a convencer al juez de la verdade de un hecho afirmado". Para Lessona, "provar significa fazer conhecidos para o juiz os fatos controvertidos e duvidosos e dar-lhe a certeza de seu modo de existir". Em complemento a sua lição, indica vários autores que apontam a verdade dos fatos como a finalidade da prova: Domat ("Prova judicial é o meio regulado pela lei para descobrir e estabelecer com certeza a verdade de um fato controvertido"); Laurent ("Prova é a demonstração legal da verdade de um fato"); Del Giudice ("Prova é o meio que o legislador, segundo o fundamento da lógica e da experiência, reputa apto para confirmar a verdade dos fatos civis"); Gianturco ("A prova é constituída pelos fatos demonstrativos da verdade das ações e das exceções").5 Em sentido semelhante, Rosenberg/Schwab se referem à convicção sobre a verdade ou falsidade (Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit) de uma afirmação. Carnelutti também alude à verdade, mas unicamente à formal, e não à material". LOPES, João Batista. Direito à prova à luz do modelo constitucional de processo. **Revista de Processo**, vol. 300/2020, p. 17 – 29. São Paulo, 2020, p. 20-21.

[70] A título de exemplos, podemos citar: a) a *Constituição Espanhola* - Art. 24. 1. "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos"; b) a *Constituição Italiana*, art. 111 – "… tenha faculdade, perante o juiz, de interrogar ou de fazer interrogar as pessoas que fazem declarações sobre ele, obter a convocação e o interrogatório de pessoas para sua defesa nas mesmas condições da acusação e adquirir qualquer

também, à mais minimalistaconcepção de devido processo legal[71], levam a um consenso quanto ao seu reconhecimento implícito em todas as ordens democráticas[72].

No caso da Constituição brasileira, o reconhecimento do direito à prova ainda é reforçado pela literalidade do inciso LV, do seu artigo 5º, que, ao assegurar a garantia da ampla defesa, explicita a abrangência dos "meios e recursos a ela inerentes"; e quem se arriscaria fazer uma lista dos meios inerentes a uma defesa que se predique de ampla, sem iniciá-la com o direito à prova?

Quando se pensa em alguém buscando defender seus bens ou sua liberdade em juízo — agindo ou resistindo —, pensa-se automaticamente no direito à prova d(as suas alegações sobre)os fatos relevantes, o que nos faz concluir que esse direito não apenas integra até mesmo a mais estreita noção de meios de defesa, mas que é o mais importante de seus componentes e que não restou expresso no texto constitucional apenas porque isto se mostraria como uma obviedade.[73]

---

outro meio de prova a seu favor ..."; c) a *Constituição da Colômbia*. "Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. (…) Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho (…).".

[71] Nesse sentido a nossa própria Corte Constitucional: "... a essencialidade do postulado do devido processo legal, que se qualifica como requisito legitimador da própria "persecutio criminis". O exame da cláusula referente ao "*due process of law*" permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua configuração como expressiva garantia de ordem constitucional, destacando-se, entre eles, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis "ex post facto"; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilégio contra a autoincriminação); **(k)** *direito à prova;* e (l) direito de presença e de "participação ativa" nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes. HC 111567. Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 05/08/2014.

[72] "No direito comparado, nos países de Civil Law, tem predominado as posições que reconhecem que o direito à prova tem natureza constitucional, embora, normalmente, não haja nas diversas Constituições previsões expressas de um direito à prova ou direito de produzir provas em juízo". BADARÓ, Gustavo. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: BEDAQUE, José R. S; CINTRA, Lia C. B.; EID, Elie P. (coord.). **Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo**. p. 219-260. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 222. Assim também, Gomes Filho, que fala no direito de defender-se provando. GOMES FILHO, *op. cit,*. p. 79. Para Cleber de Almeida, o direito à prova conta com reconhecimento expresso na Constituição, que depois de reconhecer o direito à ampla defesa, com os meios a ela inerentes, estabelece, também expressamente, uma limitação quanto a esses meios, vedando a utilização da prova obtida por meios ilícitos (art. 5º., LVI). Examinados em conjunto, os incisos LV e LVI da Constituição da República apontam, de forma firme, no sentido da existência do direito à prova (...).". ALMEIDA, Cléber Lúcio de. **Elementos da teoria geral da prova.** A prova como direito humano e fundamental das partes do processo judicial. São Paulo: LTR, 2013, p. 111.

[73] A propósito, vale transcrever a lição de Eduardo Cambi, para quem "o direito à prova, embora não seja um dos institutos fundamentais do direito processual (jurisdição, ação, defesa e processo), ocupa posição de extraordinária grandeza no sistema processual, pois, sem ele, as garantias da ação e da defesa careceriam de

A doutrina brasileira já reconhece o direito à prova como direito fundamental[74], embora não sejam comuns pesquisas aprofundando essa ideia, sobretudo quanto à medida da irradiação desse valor superior sobre todo o sistema de prova judicial.

De toda forma, parece certo de que a fundamentalidade do direito à prova – quer cível, quer penal, quer da acusação, quer da defesa, pode ser vista como a criação de um vetor no sentido de maximizar sua eficácia, impondo uma espécie de obstáculo à legitimação de qualquer espécie de restrição, tanto quando operada abstratamente pelo legislador, como quando pelo juiz, que terão o ônus de justificá-la com base em algum outro valor com sua mesma envergadura.

2.1.2 sua estrutura

O direito à prova apresenta a estrutura de todo direito subjetivo: o titular da posição favorecida pelo direito pode exigir um determinado agir, não agir ou tolerar daquele que seria o sujeito passivo[75].

O sujeito ativo, ou o titular do direito à prova, é o indivíduo ou ente que ingressa ou pretende ingressar em juízo em busca de uma tutela concreta e aquele que pretende defender-se, resistindo a uma ação ajuizada por outrem.

---

conteúdo substancial; afinal impedir que a parte tivesse direito à prova significaria privá-la dos meios legítimos de acesso à ordem jurídica justa, a serviço da qual o processo deve estar constitucionalmente predisposto". CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil.** São Paulo, 2001, p. 113.

[74] No Brasil e referindo-se ao processo penal: SILVA, Bernardo Braga e. O direito à admissão da prova do acusado no processo penal brasileiro e suas limitações processuais: uma busca por parâmetros no sistema norte-americano. Tese de doutorado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2019. Entre os processualistas civis: TESSARI, Cláudio. A prova como um direito fundamental das partes na busca da verdade judicial caracterizadora do processo justo. In: BITTENCOURT, Denise. BRANDT, Fernanda (coord.). **Direito das famílias e sucessões:** aspectos materiais e processuais. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2021, p. 111-125.

[75] "Desde logo, transparece a ideia de que o direito subjetivo consagrado por uma norma de direito fundamental se manifesta por meio de uma relação trilateral, formada entre o titular, o objeto e o destinatário do direito. Neste sentido, o reconhecimento de um direito subjetivo, de acordo com a formulação de Vieira Andrade, está atrelado "à proteção de uma determinada esfera de autorregulamentação ou de um espaço de decisão individual; tal como é associado a um certo poder de exigir ou pretender comportamentos ou de produzir autonomamente efeitos jurídicos". Sem adentrarmos aqui (ainda) o exame das diversas constelações que podem constituir o objeto de um direito subjetivo fundamental, importa consignar, por ora, que tomamos este em sentido amplo, na medida em que para o titular de um direito fundamental se abre um leque de possibilidades, que se encontram condicionadas à conformação concreta da norma que o consagra. De modo geral, é possível afirmar que este espectro de variações no que concerne ao objeto do direito subjetivo (fundamental) se encontra vinculado aos seguintes fatores: a) o espaço de liberdade da pessoa individual não se encontra garantido de maneira uniforme; a existência de inequívocas distinções no que tange ao grau de exigibilidade dos direitos individualmente considerados, de modo especial, em se considerando os direitos a prestações sociais materiais; c) os direitos fundamentais constituem posições jurídicas complexas, no sentido de poderem conter direitos, liberdades, pretensões e poderes da mais diversa natureza e até mesmo pelo fato de poderem dirigir-se contra diferentes destinatários." SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 178-179.

Costuma-se falar que o sujeito passivo do direito à prova é o Estado-juiz[76]. Não há dúvidas que o é, mas parece certo também que o direito subjetivo termina por sujeitar todo aquele que pode ter alguma relação com a prova que se buscar obter — por deter a coisa que pode ser utilizada como prova, por haver presenciado algum fato relevante etc.

Pode-se redarguir que o direito à prova vincula (diretamente) apenas o Estado-jurisdição e a sujeição daquele que poderia de alguma forma (in)viabilizar a prova dar-se-ia em nome de um (a espécie de) dever de colaboração para com o exercício das funções jurisdicionais[77], o que abrangeria inclusive suas atividades preparatórias (investigação criminal, p. ex.).

Embora para os propósitos deste trabalho não se mostre indispensável superar essa questão, já que se poderia seguir adotando a ideia de que há apenas uma vinculação indireta de terceiros, vale mencionar que nosso ordenamento processual — CPC-381 e ss. — , reconheceu a autonomia ao direito à prova[78], na medida em que se pode reclamar a intervenção do Estado para garantir a obtenção e conservação de uma determinada prova, que teria a função (imediata) de subsidiar decisão pessoal do indivíduo sobre buscar ou não o Estado-jurisdição, de sorte que eventual sujeição de terceiro[79] seria voltada à satisfação do próprio direito subjetivo à prova.

2.1.3 Abrangência

Reconhecida a sua fundamentalidade, a efetivação do direito à prova deve fazer-se presente em qualquer tipo de processo, inclusive nos administrativos.

No processo penal, o direito à prova, pela defesa, parece reforçado, quer porque

---

[76] "À semelhança dos mesmos direitos de ação e de defesa, o direito subjetivo à prova é também direito público ou cívico, na medida em que tem como sujeito passivo o Estado, representado pela figura do órgão jurisdicional, o qual está obrigado a tornar efetivas as postulações das partes em relação às atividades probatórias, desde que evidentemente, legítimas. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 85.

[77] Para acesso a uma teoria dos deveres fundamentais, ver NABAIS, Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos.** Coimbra: Almedina. 2009, p. 15-184. Especificamente sobre a relação entre o direito à prova e o dever de colaboração com a administração da Justiça, veja-se LEE, Youngjae. The state's right to evidence and duties of citizenship. **Philosophical Issues**, 31, p.210-226, 2021.

[78] AMARAL, Letícia Silva. **Direito autônomo à prova.** Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2017.

[79] "Mas isso não exclui que também possam ser considerados sujeitos passivos a parte contrária, quando tenha em seu poder alguma prova (salvo, evidentemente, o direito do acusado à não incriminação) ou terceiros, como testemunhas e os peritos, a cujo dever de veracidade corresponde um direito da parte à obtenção da informação verdadeira.". GOMES FILHO, *op. cit.,* p. 85.

expresso na Convenção Interamericana de Direitos Humanos[80], quer porque jurisprudência e doutrina parecem consentir que o acusado poderia aportar e ver considerada em seu favor inclusive prova obtida por meios ilícitos[81]. Assim, no âmbito da defesa penal parece ser onde o direito à prova deve operar-se com a maior eficácia, onde mais resistiria a compressões embasadas em outros valores ou direitos e onde mais exigiria um agir positivo estatal, no sentido de arcar com os custos inerentes.

A questão que emerge daí, e que parece ser de difícil solução, é se o direito fundamental à prova também se estenderia ao próprio Estado quando este recorre ao Judiciário. Poder-se-ia recorrer a um direito fundamental «do indivíduo frente ao Estado» para respaldar uma maior efetividade à atuação que visa justamente suprimir os bens deste?

Não há dúvidas de que o direito à prova é instrumento voltado à defesa da liberdade[82] e outros bens de elevada dignidade e termina por pertencer (também) àquele que se dirige a juízo, para, em seu nome, buscar a tutela de bens/direitos de terceiros.

Uma vez estabelecida legitimamente (pelo legislador) as hipóteses de substituição processual, não haveria por que deixar de assegurar a esta via as mesmas garantias dos jurisdicionados em geral, de sorte que se deve estender toda a estrutura voltada a fazer operar concretamente o direito à prova para a defesa coletiva de direitos, não havendo por que defender o oposto.Mas esse raciocínio respaldaria a extensão do «regime decorrente do reconhecimento do direito fundamental à prova» ao próprio Estado, quando assume a posição de acusador e objetiva justamente limitar a liberdade do indivíduo por meio da pena?

Essa é uma questão difícil, que requer se retroceda a questões e conceitos bem mais gerais, o que não caberia aqui; entretanto, parece que é possível seguir admitindo que Estado-

---

[80] A Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 1969), em seu artigo 8º, estabelece as "garantias judiciais", dispondo que "2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa; (...) f) direito de defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; (...)". Em reforço à literalidade da convenção, confira-se SILVA, Alexandre Alberto Gonçalves da; SANCHEZ, Pedro Luís Próspero Sanchez. A garantia do direito à prova sob a ótica da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**. São Bernardo do Campo. 2012. No mesmo sentido, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, conf. CHIAVARIO, Mario. Art. 6 – Diritto ad un processo giusto, in Bartole, Conforti e Raimondi (org.), **Commentario ala Convenzione Eropea per la Tutela dei Diritti dell'umo e dele Libertà Fondamentali**, p. 238. Milão: Cedam. 2001. Também: UBERTIS, Giuli. Diritto alla prova nel processo penale e Corte Europea de Diritto del'Uomo, **Rivista de diritto processuale**, 49(2), p. 489-503, 1994.

[81] Pode-se citar, como exemplo, ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora. 2007. Também: FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**, 4 ed., São Paulo: RT, 2005.

[82] Já que, como se viu é reconhecida, nos textos internacionais, como indissociável ao direito de defesa e ao processo equitativo.

acusador, em relação ao direito à prova, assume ao menos uma posição equivalente à do indivíduo que aciona ou que se defende em juízo, vinculando-se ao mesmo regime jurídico[83], vez que a Constituição pareceu muito eloquente ao considerar o interesse de provar as acusações penais como um valor constitucional de elevada estatura, o que fica muito claro quando se vê que a Constituição admite determinadas restrições à privacidade e intimidade *apenas* para fins de investigação e prova penal[84].

2.1.4 Conteúdo: o direito ao acesso e preservação das fontes de prova

Qualquer aproximação com a ideia de prova já remete à sua natureza relacional: "**H** é provada por **E**" ou"**E**prova**H**". Se uma alegação sobre a ocorrência e/ou modo de ser de um fato é aceita em razão de algo que lhe é intrínseco — sua plausibilidade, sua verossimilhança, sua coerência — ou mesmo pela condição da parte que a enuncia, não há como dizer que ela foi provada por ela mesma ou por algo que nela estava contido. O que de fato acontece, nesse caso, é que a alegaçãonão precisou de prova, tamanha sua verossimilhança e/ou a credibilidade de seu proponente.

Assim, quando se diz que algo poderá ser provado em juízo, está-se a dizer que há um elemento empírico (ou um conjunto deles) que autorizaria sua admissão pelo julgador[85]. Esse elemento exterior àquilo que será provado pode ser uma pessoa, um documento, um arquivo eletrônico de áudio, um vídeo etc. Nesse sentido, embora a prova, enquanto razão para a admissão desse algo, possa ser tratada como um argumento, este necessariamente deve partir do conhecimento do decisor sobre esse elemento empírico.

É, pois, essa a ideia de prova enquanto fonte[86], assim nomeada porque é dela que se

---

[83] Obviamente que, como dito há pouco, há, ali, no regime de prova da defesa no processo penal, justamente porque em jogo a liberdade do indivíduo, uma maior resistência a compressões proveniente de outros valores, bastando relembrar a admissibilidade da prova ilícita em favor da defesa.

[84] Confira-se o artigo 5º, XII – "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;"

[85] Quando se refere ao direito constitucional à prova, Canotilho o desdobra no poder da parte de «representar ao juiz a realidade dos fatos que lhe é favorável» e de «exibir os meios representativos desta realidade» (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O ônus da prova na jurisdição das liberdades**. Estudos sobre Direitos Fundamentais p. 169 – 175. Coimbra: Coimbra editora, 2008, p. 170). Daí se vê clara a distinção e a relação que pode se estabelecer entre a prova, enquanto elemento representativo, e a alegação ou hipótese que se quer ver acolhida.

[86] Opta-se pela terminologia defendida por Sentis Melendo, que distingue «fonte de prova» de «meio de prova». Fonte seria a realidade exterior/anterior ao processo, ou seja, elemento empírico – pessoa ou coisa – que tem a capacidade de propiciar dados, informações sobre um determinado acontecimento do passao. O meio, como se verá mais adiante, denomina a forma ou técnica segundo a qual a fonte de prova seria incorporada ao processo e/ou examinada pelo julgador. SENTÍS MELENDO, Santiago. **La prueba:** los grandes temas del derecho

originaria a razão capaz de contribuir para a aceitação de algo. Aqui vale o registro de que as fontes de prova nem sempre serão examinadas diretamente pelo julgador, que exercerá sua cognição sobre uma representação sua, a que podemos chamar de reflexo documental[87], que se formaria justamente para preservá-la e/ou para viabilizar uma melhor análise[88].

Dessa forma, se a fonte da prova se tratar de uma pessoa (testemunha), o seu exame pelo julgador poderia operar-se diretamente sobre a ela, submetendo-a a um interrogatório, visando resgatar aquilo que remanesce retido em sua memória, ou poderia o exame operar-se sobre aquilo que seria um reflexo documental (da memória): p. ex., um registro em vídeo ou áudio das declarações anteriormente prestadas pela testemunha quando submetida ao exame cruzado das mesmas partes em outro processo.

Pois bem, se o acesso às fontes de prova (ou aos seus reflexos documentais) é condição para que se contemple o direito à prova, certamente que este traz embutido o direito de acessá-las e (de algum modo) preservá-las, o que, já num primeiro momento, impõe se afirme a liberdade para atuar nesse sentido.

Todavia, mesmo que se reconheça uma espécie de dever geral de colaboração com aquele que visa amealhar elementos de prova para defender seus bens e liberdade, como essa busca se opera numa zona limítrofe à privacidade, intimidade e liberdade dos demais indivíduos, sobreleva-se a necessidade de instituição de um regime jurídico vocacionado a tutelar o interesse de localizar, acessar e preservar as fontes de prova, que poderão ser levadas ao conhecimento do julgador pelo titular do direito à prova.

No Brasil, o exercício daquele que poderia ser chamado de direito à descoberta e preservação da prova (*diclousure* ou *discovery*[89]) é conformado de maneira descontínua por

---

probatorio. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1978, p. 151). No Brasil, Magalhães Gomes Filho segue no mesmo sentido: "Fala-se em *fonte de prova* para designer as pessoas ou coisas das quais pode-se conseguir a prova (rectius, o element de prova) (…) outa coisa são os denominados *meios de prova*, ou sejam os intrumentos ou atividades por intermédio dos quais os dados probatórios (elementos de prova) são introduzidos e fixados no processo (produção da prova). São, em síntese, os canais de informação que se serve o juiz.". GOMES FILHO, Antônio Magalhães**. Notas sobre a terminologia da prova** (reflexos no processo penal brasileiro). Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ Ed, 2005, p. 308-309.

[87] Juan Montero Aroca usa a mesma denominação «reflexo documental». AROCA, Juan Montero. Principio acusatorio y prueba en el procesal penal.In: Colomer, Juan L G (coord.). **Prueba y proceso penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 50.

[88] Pense no corpo da vítima ou num local de crime, que deverão ser examinados pelo juiz por intermédio de um laudo e/ou imagem (fotografia ou vídeo).

[89] Para Leonardo Greco, "um lançar de olhos para o sistema da common law pode-nos esclarecer que essa limitação cognitiva, se relevante, poderia ser remediada por vários meios, entre os quais um procedimento investigatório preliminar, como a discovery ou disclosure, respectivamente do direito americano e do direito inglês. (em nota de rodapé: Adquire força na Europa continental a idéia de adotar um mecanismo análogo à discovery ou disclosure anglo-americana para ampliar as possibilidades probatórias das partes, protegendo-as da fugacidade e imprevisibilidade das audiências e da marcha inexorável dos atos processuais. Na Itália, o chamado projeto Vaccarella, atualmente em discussão, contempla essa inovação V. DONDI, Angelo. Questioni di

meio de normas esparsas[90].

Não há como nos aprofundarmos no estudo dessas normas, nem mesmo para tentar uma abordagem sistemática, já que isso desborda dos propósitos deste trabalho. Para que se siga, parece suficiente considerar, a título de exemplos os seguintes dispositivos:

a) os artigos 381 e seguintes do Código de Processo Civil, que operacionalizam o direito ao acesso e preservação da prova,que se chamou de produção antecipada, não fazendo qualquer limitação em relação à espécie de prova que se pretende acessar e preservar[91];

b) o artigo 384 do Código de Processo Civil que assegura a possibilidade do registro documental sobre a "existência ou modo de existir de algum fato" mediante ata notarial[92];

c) os artigos 13[93], 15[94], 22[95] e 23[96], da Lei 12.965/2014, que, no âmbito da disciplina

---

efficienza della fase preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettive italiane di riforma). **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.** ano LVII. Milano: Giuffrè, 2003. p. 161-174; F. RICCI, Edoardo. Verso um nuovo processo civile? **Rivista di Diritto Processuale**, ano LVIII. Padova: CEDAM, 2003. p. 211-227).". GRECO, Leonardo. O conceito de prova. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004, p. 237. Para maior aprofundamento: FOLLE, Francis Perondi. A prova sem urgência no direito norte-americano: um exame do instituto da discovery. **Revista de Processo** | vol. 204/2012 , p. 131 – 152.; SZALAI, Imre Stephen. A Constitutional Right to Discovery - Creating and Reinforcing Due Process Norms through the Procedural Laboratory of Arbitration. **Pepperdine Dispute Resolution Law Journal**, vol. 15, no. 2, p. 337-376, 2015.; CHHABLANI, Sanjay K. Beyond Brady: An Eighth Amendment Right to Discovery in Capital Cases. **New York University Review of Law & Social Change**, vol. 38, no. 3, p. 423-436,2014.

[90] Talvez por isso essa atividade (investigação) é considerada por muitos como posicionada fora da prova judicial, como um antecedente lógico, desmerecedora de uma maior preocupação do jurista No Brasil, Badaró chama a atenção para isso: "[...] normalmente, a doutrina aponta apenas os quatro últimos momentos, não fazendo referência ao momento da investigação. A necessidade do reconhecimento de um direito à investigação das fontes de prova é destacado por Magalhães Gomes Filho." (BADARÓ, Gustavo. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: BEDAQUE, José R. S; CINTRA, Lia C. B.; EID, Elie P. (coord.). **Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo.** p. 219-260. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 223). Para Gomes Filho, "[...] a doutrina processual costuma referir-se a procedimento probatório para indicar uma sucessão de atos em que se reconhecem ao processo as informações destinadas ao julgamento sobre os fatos, mas não tem sido uniforme na identificação dos diversos momentos desse procedimento. Além disso, até por se tratar de procedimento, costuma referir-se exclusivamente aos aspectos endo-processuais, o que, para os fins do nosso estudo, parece ser insuficientes, pois também há provas que se formam extra-processualmente e o direito à prova também deve ser reconhecido antes ou fora do processo, até como meio de se obter elementos que autorizem a persecução, ou possam evitá-la". GOMES FILHO, *op. cit.,* p. 85-86.

[91] "Art. 381 – A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que: I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação; II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação. (...) Art. 382 – Na petição, o requerente apresentará as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova e mencionará com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair. (...) §2º – O juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas. (...) §4º – Neste procedimento, não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário.

Art. 383 - Os autos permanecerão em cartório durante 1 (um) mês para extração de cópias e certidões pelos interessados. Parágrafo único. Findo o prazo, os autos serão entregues ao promovente da medida".

[92] Art. 384 - A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião. Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial."

[93] Art. 13. Na provisão de conexão à internet, cabe ao administrador de sistema autônomo respectivo o dever de

das garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, estabelecem o direito à preservação dos chamados registros de conexão e de acesso;

d) os artigos 8º, XVI[97], e 44, X[98], da Lei Complementar 80/1994, que atribuem aos Defensores Públicos-gerais e Defensores Públicos da União o poder de requisição de documentos e diligências necessárias ao exercício de suas atribuições; e

e) os artigos 8º[99] e 10[100], da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.3747/85), que,

---

manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 1 (um) ano, nos termos do regulamento. (...) § 2º A autoridade policial ou administrativa ou o Ministério Público poderá requerer cautelarmente que os registros de conexão sejam guardados por prazo superior ao previsto no caput. § 3º Na hipótese do § 2º, a autoridade requerente terá o prazo de 60 (sessenta) dias, contados a partir do requerimento, para ingressar com o pedido de autorização judicial de acesso aos registros previstos no caput. § 4º O provedor responsável pela guarda dos registros deverá manter sigilo em relação ao requerimento previsto no § 2º, que perderá sua eficácia caso o pedido de autorização judicial seja indeferido ou não tenha sido protocolado no prazo previsto no §3º . § 5º Em qualquer hipótese, a disponibilização ao requerente dos registros de que trata este artigo deverá ser precedida de autorização judicial, conforme disposto na Seção IV deste Capítulo.

[94] Art. 15. O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento. § 1º Ordem judicial poderá obrigar, por tempo certo, os provedores de aplicações de internet que não estão sujeitos ao disposto no caput a guardarem registros de acesso a aplicações de internet, desde que se trate de registros relativos a fatos específicos em período determinado. § 2º A autoridade policial ou administrativa ou o Ministério Público poderão requerer cautelarmente a qualquer provedor de aplicações de internet que os registros de acesso a aplicações de internet sejam guardados, inclusive por prazo superior ao previsto no caput, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 13. § 3º Em qualquer hipótese, a disponibilização ao requerente dos registros de que trata este artigo deverá ser precedida de autorização judicial, conforme disposto na Seção IV deste Capítulo. § 4º Na aplicação de sanções pelo descumprimento ao disposto neste artigo, serão considerados a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes, eventual vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes, os antecedentes do infrator e a reincidência.

[95] Art. 22. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros –de acesso a aplicações de internet. Parágrafo único. Sem prejuízo dos demais requisitos legais, o requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade: I – fundados indícios da ocorrência do ilícito; II – justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e III – período ao qual se referem os registros.

[96] Art. 23. Cabe ao juiz tomar as providências necessárias à garantia do sigilo das informações recebidas e à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário, podendo determinar segredo de justiça, inclusive quanto aos pedidos de guarda de registro.

[97] art. 8º – São atribuições do Defensor Público-geral, dentre outras: (...) XVI – requisitar de qualquer autoridade pública e de seus agentes, certidões, exames, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e demais providências necessárias à atuação da Defensoria Pública;

[98] art. 44. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública da União: (...) X – requisitar de autoridade pública e de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições;

[99] art. 8º – Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.

§ 2º Somente nos casos em que a lei impuser sigilo, poderá ser negada certidão ou informação, hipótese em que a ação poderá ser proposta desacompanhada daqueles documentos, cabendo ao juiz requisitá-los. (...)

[100] Art. 10 - Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional – ORTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público.

respectivamente, assegura o direito de acesso a informações, documentos e diligências, mediante requerimento ou mesmo requisição expedida no âmbito de inquérito civil, e institui tipo penal para reforçar a sua tutela.

No âmbito da investigação criminal, como manifestação do direito fundamental à prova daquele que é alvo da persecução estatal, destacam-se *i*) o*direito à investigação defensiva*, compreendido como a afirmação da liberdade de adoção de medidas investigatórias pelo indivíduo que se vê ameaçado em sua liberdade, diretamente ou por meio do seu advogado, e *ii*) o dever do próprio investigador público considerar (e efetivamente seguir) linhas investigatórias defensivas e a apresentar as chamadas provas de descargo.

Nos Estados Unidos, onde o tema é estudado com mais profundidade, o direito do investigado/acusado de acessartoda a prova (*the right to discovery*) tem seu fundamento constitucional reconhecido em diversos julgados da Suprema Corte, donde se percebe uma diversidade de fundamentos e uma ampla abrangência: a) o direito do acusado de provar sua inocência genuína (*actual innocence*), mesmo com a fixação do ônus da prova para a acusação; b) o direito de fiscalização sobre a atuação dos órgãos da persecução, operacionalizado via o direito ao contratidório (*confrontation and cross-examination*), que também reclama o amplo acesso às informações do caso para ser viabilizado; c) o direito autônomo de arrolar e trazer compulsoriamente as testemunhas e demais fontes de informação (*compulsory process*).[101]

---

[101] "*Actual Innocence*: The due-process interest in accuracy underlying Brady and Wardius also motivates a separate line of cases offering protection to individuals with proof of actual innocence. This line of cases is rooted in a defendant's liberty interest in demonstrating actual innocence and thus protects a core tenant of due-process doctrine. The Supreme Court has clearly articulated that the "ultimate objective" of the American criminal justice system is that "the guilty be convicted and the innocent go free." Much of the Supreme Court's criminal-procedure jurisprudence is therefore focused on accuracy in convictions. Individuals who are actually innocent have a strong due-process liberty interest that is protected by constitutional criminal procedure, including access to evidence. Both substantive and procedural due process apply to claims of actual innocence. Substantive due process protects individuals from governmental action that "shocks the conscience" or interferes with rights that are "implicit in the concept of ordered liberty. (...) This is the root of criminal defendants' "right to a fair opportunity to defend against the State's accusations." (...) It is important to note that much of the actual-innocence doctrine was developed in the post-conviction setting, where due-process rights are more limited. The liberty interest of defendants seeking exculpatory evidence at trial has been traditionally recognized as stronger, which lends weight to defendants who seek to assert their due-process rights to access evidence under the SCA at trial." (...) "1. Right to Confrontation and Cross-Examination: The Confrontation Clause of the Sixth Amendment provides that "in all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right ... to be confronted with the witnesses against him." In Pennsylvania v. Ritchie, which expounds upon both the Confrontation Clause and its corollary Compulsory Process Clause, the Supreme Court explained that "the Confrontation Clause provides two types of protections for a criminal defendant: the right physically to face those who testify against him, and the right to conduct cross-examination." Records covered by the SCA may be crucial to effectively cross-examine witnesses. For example, the contents of electronic communications could be necessary to impeach a witness, to show bias, to demonstrate prejudice, or to attack a witness's credibility. A defendant's ability to take these steps is protected by the Confrontation Clause. The production of electronic communications might therefore be a necessary prerequisite for some criminal defendants to vindicate their constitutional right to

Ali, o direito deamplo acesso à prova é, ademais, reconhecido inclusive no âmbito de investigações e processos de natureza administrativa[102] e deve ser concretizado já própria fase pré-processual, de modo a viabilizar ao acusado a definição sobre se aceita ou não eventual acordo ou transação penal[103].

---

confrontation and cross-examination." (…). "*2. Right to Compulsory Process:* While the Confrontation Clause pertains to a defensive right to protect against the testimony offered by the prosecution's witnesses, the Compulsory Process Clause offers criminal defendants an affirmative right "to have compulsory process for obtaining witnesses in [their] favor." The Supreme Court has established that "[w]hether rooted directly in the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment or in the Compulsory Process or Confrontation Clauses of the Sixth Amendment, the Constitution guarantees criminal defendants 'a meaningful opportunity to present a complete defense." The Court explained in United States v. Nixon: The need to develop all relevant facts in the adversary system is both fundamental and comprehensive. The ends of criminal justice would be defeated if judgments were to be founded on a partial or speculative presentation of the facts. The very integrity of the judicial system and public confidence in the system depend on full disclosure of all the facts, within the framework of the rules of evidence. To ensure that justice is done, it is imperative to the function of courts that compulsory process be available for the production of evidence needed either by the prosecution or by the defense. Given the increasing importance of digital evidence, the holding in Nixon suggests that criminal defendants' compulsory-process rights support their ability to access digital evidence. These rights are directly relevant to the type of evidence covered by the SCA. The right to present a defense includes "[t]he right to offer the testimony of witnesses, and to compel their attendance, if necessary." (…)"While this Note has laid out each of these constitutional arguments individually, the court need not necessarily parse them in this way- the constitutional arguments interact with and strengthen one another, jointly falling within the due-process and Sixth Amendment protections that together comprise "the área" of constitutionally guaranteed access to evidence". STEELE, Rebecca. Equalizing Access to Evidence: Criminal Defendants and the Stored Communications Act. **Yale Law Journal**, vol. 131, no. 5. pp. 1584-1640. 2022, p. 1627-1639. Ademais, o Direito ao contraditório (*confrontation and cross-examination*), bem assim, o direito de indicar e trazer compulsoriamente testemunhas e demais fontes de informação (right to compulsory process) não poderiam ceder sequer ao direito à intimidade e a proteção contra a revitimização em casos de acusações de violência sexual. Nesse sentido:"The Confrontation Clause does so by requiring that a defendant be allowed to fully cross-examine all adverse witnesses, while the Compulsory Process Clause recognizes a defendant's right to present a defense. Some statutes which limited the ability of criminal defendants to cross-examine witnesses about their motivations for testifying have been considered unconstitutional. Likewise, statutes which arbitrarily deny a defendant the ability to call favorable witnesses have been considered abridgments of the right to compulsory process. The question in ritchie is how far the essential rights protected by these two clauses extend." DOBSON, Mark. **Right to Discovery Defense Evidence v. the Need for Confidentiality in Sexual Abuse Cases**, The (85-1347)." Preview of United States Supreme Court Cases, vol. 6. pp. 155-157. 1986, p. 155-156.

[102] "In view of the broad investigatory powers of administrative agencies and their combination of functions, the full range of Discovery devices is vital to counterbalance the state's adjudicative advantage and to insure the accused licensee's right to a fair hearing. Depositions are the most useful discovery tool to balance the state's investigatory powers because depositions help ascertain the existence and location of evidence, and shed some light on the general contents of privileged material. They are also extremely useful to impeach witnesses and to develop issues and defenses, especially when a witness' perception or recollection is critical to the case." FRIEDMAN, Marilyn J. Discovery and Administrative Due Process: A Balance Between na Accused's Right to Discovery and Administrative Efficiency." **Hastings Constitutional Law Quarterly**, vol. 8, no. 3, pp. 645-670. 1981, p. 668.

[103] "In Brady v. Maryland, the Supreme Court held that the State has na affirmative obligation under the Due Process Clause to disclose material exculpatory evidence to defendants. In the wake of United States v. Ruiz, however, many courts have held that defendants have no pre-plea right to substantive evidence of innocence. Given that around 95% of convictions are secured through guilty pleas, such an interpretation of Brady means that few defendants are entitled to evidence of their innocence before being convicted. This statistic is significant because it is now clear that innocent defendants do plead guilty. Specifically, in 2015 and 2016, a total of 139 out of 314 DNA and non-DNA exonerees (44.26%) had been convicted after guilty pleas. But courts finding no pre-plea right to substantive evidence of innocence are ignoring a key part of the foundation of the Brady doctrine. The Brady Court held that the Brady doctrine was an extension of six prior Supreme Court cases, four of which dealt solely with the subornation of perjury. That leaves two cases cited by the Brady Court that dealt

Prosseguindo, poder-se-ia querer retomar a questão sobre a possibilidade de estender o vetor derivado do direito fundamental à prova, para respaldar o mesmo regime de tutela ao interesse estatal na busca de fontes de prova do fato criminoso. A discussão, como já dito, não cabe aqui, mas vale reiterar que a Constituição Federal foi eloquente quando conferiu ao dito interesse estatal um status superior, o que fica nítido quando se vê a autorização constitucional para restrição de direitos fundamentais para viabilizar a investigação criminal.[104] Ademais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já reconheceu que a persecução penal eficiente é direito humano da vítima.[105]

2.1.5 Idem: o direito à incorporação da prova ao processo

Provar algo perante o Estado-juiz também pressupõe logicamente que aquilo que vai servir de prova seja aportado ao "palco" destinado à concretização da tutela buscada.Daí por que se diz que o direito à prova embute o direito de incorporá-la ao processo, para poder ser submetida à consideração daquele que se pronunciará resolvendo o conflito respectivo.

A doutrina costuma falar em um direito à admissão e um direito à prática ou produção da prova[106]. Não que isso esteja errado, mas um direito a uma decisão que autoriza a

---

with the suppression of exculpatory evidence: (1) Pyle v. Kansas, in which the Court remanded a claim that the State suppressed evidence of innocence before trial; and (2) Wilde v. Wyoming, in which the Court remanded a claim that the State suppressed evidence of innocence before a guilty plea. For years, courts cited these two cases in conjunction to conclude that the suppression of material exculpatory evidence violates Due Process Clause. But while Wilde has never been repudiated, it has fallen off the map while courts continue to cite Pyle for this proposition. By unearthing the pleadings in the Wilde case, this Article has established that Victor Donald Wilde's habeas petition primarily claimed that his guilty plea was induced by the State's suppression of exculpatory eyewitness statements. Therefore, by remanding in Wilde, the Supreme Court recognized a right to evidence before pleading guilty just as it recognized a right to evidence of innocence before trial by remanding in Pyle. Courts should therefore resuscitate Wilde to find a clear right to evidence of innocence before pleading guilty." MILLER, Colin. The Right to Evidence of Innocence before Pleading Guilty. **UC Davis Law Review**, vol. 53, no. 1. 2019. p. 271-322. Vide, ainda, Para aprofundamento, HALL, John C. **The Constitutional Right to Discovery:** A Question of Fairness. FBI Law Enforcement Bulletin, vol. 57, no. 8.1988. pp. 23-30; CHHABLANI, Sanjay K. Beyond Brady: An Eighth Amendment Right to Discovery in Capital Cases. **New York University Review of Law & Social Change**, vol. 38, no. 3, 2014, p. 423-436.

[104] CF/88 – artigo 5º, XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

[105] É, para a Corte, enfim, "dever dos Estados prevenir, investigar e punir as violações dos direitos consagrados na Convenção. O Estado tem obrigações positivas que compreendem a manutenção dos meios de natureza jurídica, política, cultural e administrativa para a promoção e proteção dos direitos humanos e as garantias de que as violações contra estes serão considerados atos ilícitos. Este é um dever legal que implica em atos concretos do Estado de prevenção, investigação e punição das violações e não mera questão ligada à gestão de conflitos particulares que fiquem na dependência da atividade da vítima ou de seus familiares de iniciarem o processo". ABADE, Denise Neves. **Garantias do Processo Penal Acusatório**. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2005, p. 83.

[106] Pode-se citar nesse sentido Picó I Junoi: "En consecuencia, el derecho a la prueba implica, en primer lugar, el derecho a que se admita toda aquella prueba que, propuesta por alguna de las partes, respete los límites

incorporação da prova (admissão) já estaria completamente embutido num direito à incorporação; ademais, a existência de uma decisão formal, autorizando a incorporação não é sequer necessária, bastando pensar que, em nossa ordem processual, pode o litigante, no mesmo momento, requerer a admissão de um elemento de prova (documental) e já incorporá-lo ao processo.

Esse conteúdo essencial do direito à prova reclama a estruturação de um regime jurídico voltado a definir *i*) *quais* elementos de prova (não) poderão integrar o processo e *ii*) *como se* dará esse aporte, fixando-se, assim, até onde vai o direito à (incorporação da) prova, que se submete a requisitos materiais — relevância e licitude — e a um determinado ritual de validação.

Aí surge a ideia de *meio de prova*, que consiste no método, forma ou técnica mediante a qual um elemento de prova será incorporado ao processo: se, por exemplo, a) através de um ato formal em que o julgador,com as partes, examina a própria fonte da prova (inspeção judicial, prova testemunhal), ou b) pela simples juntada da própria coisa (quando esta corporificar a fonte de prova) ou de alguma espécie de cópia ou reflexo (prova documental ou documentada).

Assim, parece correto dizer que uma mesma fonte pode dar origem a um ou outro meio de prova e, até mesmo, a dois[107], como um juiz que, sem dispensar a prova pericial (meio 1), também pode examinar diretamente a própria fonte da prova – inspeção judicial (meio 2) ou, na hipótese de incorporação, ao processo, de arquivo de áudio e vídeo onde se registraram as declarações prestadas por uma determinada testemunha no âmbito da chamada produção antecipada de provas (CPC-381) ou em outro processo (CPC-372) — prova documental —, sem prejuízo do exame da própria testemunha pelo juiz e pelas partes (prova testemunhal).

No momento da incorporação fica bem nítido que o direito à prova termina limitado pela garantia do devido processo legal: cada parte tem o direito à incorporação da sua prova lícita e relevante, segundo o ritual validador previsto na lei, e o direito à vedação da

---

inherentes a la actividad probatoria y los debidos a los requisitos legales de proposición, límites todos ellos que serán objeto
de análisis posteriormente. En segundo lugar, supone que el medio probatorio admitido sea practicado pues, en caso contrario, estaremos en presencia de una denegación tácita del mencionado derecho. Ciertamente, no puede hablarse de un efectivo y real derecho a la prueba si no inclui mos en su contenido la necesidad de que se practique el medio probatorio inicialmente admitido." PICO I JUNOY, Joan. **El derecho a la prueba en el processo civil**. Barcelona: J.M. Bosch Editor. 1996, p. 21 – 22.

[107] Pode-se, por exemplo, ouvir como testemunha alguém que teria presenciado um determinado fato, como, também, admitir no processo um registro documental feito pela mesma: pense-se num porteiro que faz o registro em livro próprio das ocorrências detectadas no seu plantão.

incorporação, pela parte adversa, da prova ilícita, irrelevante ou em desconformidade com o rito legal.

Destaca-se como a maior marca do devido processo legal, o contraditório, que abrange o direito de fiscalização[108] dos atos praticados pela parte adversa e pelos demais sujeitos processuais, configurando, assim, a essência do rito de incorporação da prova, que se dará da mesma forma independentemente de quem a tenha requerido.

Dessa forma, o contraditório termina por, paradoxalmente, limitar e maximizar o direito à prova, condicionando e otimizando a incorporação e exame desta. Neste último sentido, o contraditório equivaleria a um vetor que impõe máxima qualidade à prova, entendida como a que viabilizaria um melhor exame ou controle, indissociáveis da ideia de segurança ou credibilidade. Daí porque poderia legitimar-se a opção do legislador por um único meio em detrimento de outros possíveis[109], o que operaria, simultaneamente, como limitação — uma vedação de determinado(s) meio(s) — e reforço ao direito à prova, já que referida vedação visa, na realidade, estimular a adoção do melhor meio que viabilize o maior controle, deixando a prova mais confiável[110].

Assim, o indivíduo não tem apenas o direito de levar ao processo uma determinada coisa ou pessoa, mas sobretudo o direito de, ali, examiná-la, atuando para que a esta se faça conhecida em todos os seus aspectos que possam se relacionar com hipótese que pretende ver admitida ou recusada pelo julgador.

Daí, em se admitindo que referido controle está abrangido tanto pelo direito ao contraditório como pelo próprio direito à prova, parece claro que se submeterá ao mesmo regime a incorporação da prova requerida por quaisquer das partes e mesmoaquela determinadapelo próprio juiz de ofício. É que nada justificaria restringir o direito (ao exame ou controle) apenas porque, p. ex. uma das partes não tomou conhecimento da existência de

---

[108] Referindo-se ao processo penal: "o contraditório se impõe num processo por suas duas vocações - a de «reforçar a condição de sujeito processual do acusado», conferindo-lhe a possibilidade de exercer uma fiscalização sobre todos os atos processuais, notadamente sobre a prova que se pretende embasadora de sua condenação, e a de «conformar o processo num método dialético, que sobreleva a segurança à verdade ali encontrada» -, sendo, por certo, essas funções que elevaram o contraditório à categoria de garantia fundamental do indivíduo (e do devido processo legal)." BRAGA D, Fernando. **E quando a testemunha diz na investigação e desdiz no julgamento?** Monografia 2011. Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa 2011, p. 1.

[109] A vedação da *hearsay*, ou do testemunho de "segunda mão", é um bom exemplo, na medida em que, em se tratando a prova das declarações de uma pessoa, se estaria estimulando a prática do meio que maximizaria o controle, qual seja o comparecimento da própria "fonte", perante as partes e o julgador.

[110] No processo penal, o legislador e o juiz têm a sua discricionariedade reduzida na escolha entre um ou outro meio de prova, o que se dá porque, ali, o processo tem uma conotação preponderantemente garantista, de contenção de abusos do próprio Estado, de sorte que o direito da acusação a uma maior amplitude dos meios de prova, termina por sofrer restrições impostas pelo «direito da defesa à prova mais segura» porque mais controlável.

um dado elemento de prova e este foi incorporado por inciativa da adversa.[111]

Daí porque a doutrina defende uma relação de mão dupla entre o «direito à prova» e o «direito ao contraditório», de forma que este tanto seja uma ferramenta voltada a maximizar aquele — um «direito de provar segundo um procedimento que maximize o exame»[112], como também é válida uma abordagem que permita enxergar o direito à prova funcionalizado ao contraditório — um direito de fiscalizar a prova, inclusive aportando provas (provas sobre provas) ou, nas palavras de Ada Pelegrini, o *direito de contradizer provando*[113].

Para seguirmos, resta-nos registrar que o contraditório, operando como garantia autônoma ou como garantia instrumentalizada ao direito à prova, termina ensejando aquilo que se chamou de comunidade ou comunhão da prova, que corresponde à ideia de unidade do conjunto probatório formado, ou mesmo em formação[114], deixando de existir, doravante, a prova da parte autora e a prova da parte ré.

Assim, no contexto agora em análise, pode-se dizer que o vetor decorrente da fundamentalidade do direito à prova:

a) implica uma espécie de *in dubio pro* incorporação[115];

---

[111] "No sistema processual anglo-americano, o *right to evidence* é conatural ao estilo competitivo do processo, em que a iniciativa probatória das partes, sendo reconhecida como direito fundamental de ser ouvido em juízo, engloba o direito a apresentar provas *e interrogar as testemunhas trazidas pelo adversário"* (grifou-se). BADARÓ, Gustavo. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 222).

[112] "[...] o direito à prova também se manifesta no procedimento pelo qual a prova é formada ou introduzida no processo: trata-se então de assegurar a participação dos interessados nos atos de produção (execução, assunção) da prova, o que configura, no dizer de Siracusano, um "direito sobre o meio de prova". É através dessa participação, com perguntas, críticas, e eventual oferecimento de contraprova, que se realiza, em sua plenitude, o contraditório na instrução criminal. GOMES FILHO, *op. cit.,* p. 89.Pode-se dizer também, pois, que o direito à prova abrange o direito ao contraditório, à fiscalização sobre a prova comum um todo. Assim, mostram-se compatíveis as visões de Rogério Lauria Tucci, que afirma que o direito à prova legitimamente obtida ou produzida estaria embutido no direito à contrariedade da instrução criminal (TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no Processo Penal Brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 226-227) e de Vicente Greco, para quem o contraditório é instrumento técnico voltado à efetivação da ampla defesa e, consequentemente, do direito à prova (GRECO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva. 1989, p. 129), parecendo certo, ademais, que a fiscalização de uma prova pode demandar a produção de outra.

[113] GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo:** III Série – Estudos e pareceres de processo penal. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 176.

[114] "A produção da prova em matéria criminal, quer da acusação, quer da defesa, constitui uma obra indivisível, que tem um único fim, isto é, dar ao juiz os meios de pronunciar conforme a justiça". MITTERMAYER*,op. cit*., p. 156.

[115] "Nos sistemas probatórios em que às partes é assegurado um verdadeiro direito à prova, os critérios de admissibilidade devem ser concebidos a partir de um regime de inclusão: a regra é que os meios de prova requeridos pelas partes devem ser admitidos. Somente haverá exclusão nos casos de manifesta irrelevância ou impertinência do meio probatório requerido pelas partes. Inverter os sinais dessas premissas seria trabalhar com um regime de exclusão: em regra não se admite a prova, salvo se a parte demonstrar que a mesma é pertinente e relevante. Num sistema com esse cariz, o direito à prova não passaria de uma falsa promessa. (...) Repita-se, a regra é a admissão, a exceção é a não admissão. Justamente por isso, afirma Cordero que as provas ingressam no processo se relevantes: "rifiuti solo gli apporti ictu oculi inutili". É preferível, portanto, um excesso na admissão

b) reclama um sistema normativo para assegurar o direito à incorporação da prova ao processo segundo o meio que, viabilizando o melhor controle, confira maior eficácia à prova, o que, paradoxalmente, pode implicar a proscrição de um determinado meio de prova para uma dada uma determinada espécie de fonte.

c) reclama a implementação de alguma estrutura para concretamente fazer operar esse subsistema da prova[116].

Questão que se põe por último é se o direito fundamental à prova comportaria uma iniciativa probatória do juiz para fazer aportar elemento de prova não requerido pelas partes ou se o reconhecimento de tal possibilidade demandaria outro valor que legitimasse tal atuação, já que se estaria criando um modelo propenso a apresentar uma grande assimetria entre os planos normativo e das práticas judiciais, uma vez que se mostra difícil o controle dessa atuação de ofício do julgador e, notadamente, de sua omissão, sem o qual dito dever não passaria de uma faculdade, exercitável apenas quando fosse conveniente, terminando por desequilibrar a relação processual, incrementando o risco de uma "justiça" seletiva.

Com alguma"boa vontade", admite-se a ideia de que o direito à prova poderia abranger uma espécie de direito ao melhor resultado probatório, que dependeria do melhor conjunto probatório e de sua incorporação segundo a melhor técnica, o que imporia ao Estado-juiz um dever de atenção quanto à disponibilidade de algum elemento de prova relevante que não teve sua incorporação requerida pelas partes ou mesmo a alguma espécie de exame não pleiteado.

Tentando seguir nesse exercício de tolerância[117], mesmo admitindo que o legislador, na configuração do direito à prova, poderia muito bem escolher entre um sistema, em que a incorporação da prova estaria vinculada à manifestação de interesse das partes (adversarial ou mais liberal), e outro, que admitiria, sob certas condições e limites, a intromissão do juiz na busca de formação do melhor conjunto probatório, não há como fazer derivar do direito à prova um modelo que institua a figura da incorporação ao processo de provas contra a vontade manifestada das partes[118].

---

da prova, ao invés de na sua inadmissão: *in dubio pro probatione*." (BADARÓ, Gustavo. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: BEDAQUE, José R. S; CINTRA, Lia C. B.; EID, Elie P. (coord.). **Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo**. p. 219-260. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 239-40).

[116] O que pode depender de diligências complexas, conhecimentos técnicos etc.

[117] Registre-se que, no processo penal, sempre que a iniciativa probatória do juiz representar uma forma de compensar a má atuação do acusador e/ou investigador estaria abalada a própria estrutura acusatória do processo, essência de um processo penal garantista.

[118] Aqui se adere à crítica de Beclaute ao modelo defendido por Taruffo, que se contrapõe à possibilidade de as partes pactuarem para subtrair do *thema decidendum* parte do objeto da *quaestio facti*; *verbis*: "não se está a

De logo, percebe-se que tal atuação do juiz jamais poderia estar comportada na estrutura básica do direito à prova, já que o jurisdicionado deixaria de ocupar a posição favorecida pelo vínculo decorrente e passaria a uma posição de sujeição: aos custos, à demora e ao resultado probatório que advirá da "prova do juiz".

Isso poderia representar um problema, já que se tenta sistematizar a valoração da prova judicial como sendo uma espécie de «estrutura garantística» do direito fundamental à prova, ou, dito de outra moda, já que tem em vista demonstrar que o sistema normativo da prova judicial se sustenta sobre o(s desdobramentos lógicos e éticos do) direito fundamental à prova enquanto direito subjetivo do jurisdicionado; o que demandaria a identificação de um valor com *status* superior, que pudesse autorizarou mesmo impor ao juiz aincorporação de prova contra a vontade manifestada das partes, e, sendo o caso, se esse valor se projeta para todo o sistema de prova judicial, concorrendo eventualmente com o direito à prova.

Todavia, como os princípios do contraditório e da comunidade da prova impõem que, doravante, se desconsidere quem requereu ou promoveu a incorporação de cada um dos elementos de prova, eventual vetor decorrente desse suposto valor perderia sua força logo que formado o conjunto probatório (ou mesmo na formação deste), o que nos autoriza seguir como se o referido vetor (e o suposto valor que o gera) não existisse. Isso não significa de forma alguma que a concepção do sistema não se importará com um inevitável efeito colateral, no âmbito da valoração da prova, consistente num comprometimento (psicológico) derivado do ativismo probatório do julgador; o que se quer dizer aqui é que a preocupação com este comprometimento psicológico será absolutamente a mesma, quer se entenda legítima, quer se entenda injustificada a figura do «juiz senhor da prova».

2.1.6 Idem: o direito à adequada valoração da prova

A doutrina majoritária defende que o direito à prova corresponde ao direito de convencer o julgador, ou seja, de ter viabilizada a sua atuação persuasiva voltada à aceitação (ou rejeição) das alegações sobre os fatos relevantes para o deslinde da controvérsia[119].

---

defender que o magistrado seja manipulado pelas partes, mas que, quando as partes assim desejarem, elas possam usar sua liberdade para estabelecer como o fato pode ser fixado no processo judicial. Mas isso, sempre levando em consideração a ordem jurídica. O sistema mesmo põe limites, como por exemplo, questão quer verse sobre direitos indisponíveis. Trata-se, portanto, de categoria jurídico-positiva, logo se submetendo às peculiaridades de cada ordenamento jurídico, diferente da categoria lógico-jurídica, que é perene.". SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: DIDIER, Jr Fredie (coord.).**Provas**. Salvador: Editora Juspodium, 2016, p. 301.

[119] Por exemplo: "[...] poderá falar-se de um *direito cons*titucional *à prova* entendido como o poder de uma parte

Não havendo mesmo por que discordar que o direito à prova tem esse conteúdo, sobressai agora perquirir se se esgota nele; ou seja, incorporada toda a prova, exauridas as oportunidades retóricas das partes, remanesceria, ainda, alguma espécie de sujeição do Estado-juiz frente ao indivíduo-jurisdicionado?

Segundo uma concepção subjetivista da prova, esta não passaria do meio retórico voltado ao convencimento do julgador, que, devendo adotar uma postura cognitivamente passiva, seria tão somente persuadido pela argumentação das partes.

A formação do convencimento do julgador, então, dar-se-ia de maneira gradual, desde seu primeiro contato com as primeiras alegações das partes, com a indicação das provas que pretendem apresentar, vindo a consolidar-se naturalmente, sem qualquer esforço intelectual, ao final do contato com a prova incorporada (e com o que, sobre esta, foi dito); daí porque se equipara a formação do convencimento do julgador à sua "captura psíquica"[120]. Com a mente devidamente capturada pela retórica de uma das partes, o julgador encerraria a valoração, admitindo, ou não, como provada a hipótese controvertida.

Questão que emerge é se referida concepção seria compatível com a ideia de um

---

(...) «representar ao juiz a realidade dos factos que lhe é favorável» e de «exibir os meios representativos dessa realidade». Talvez se possa dizer que, em rigor, o direito constitucional à prova abrange o *direito à prova em sentido lato* (poder de demonstrar em juízo o *fundamento da própria pretensão*) e o *direito à prova em sentido estrito* (alegando matéria de facto e procedendo à demonstração de sua existência.) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O ônus da prova na jurisdição das liberdades. In: CANOTILHO, José Joaquim**. Estudos sobre Direitos Fundamentais**, Coimbra: Coimbra editora. 2008, p. 170.

[120] O termo *captura psíquica* é de Cordero (CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**, tomo II. Trad. Jorge Guerrero. Editorial Temis, 2021, p. 16). No Brasil, Salah Khaled e Aury Lopes Jr. defendem que ela é a finalidade da prova (e, portanto, encerrariam o conteúdo do direito à prova), já que o critério de verdade se encerraria no convencimento do julgador. *In verbis:* (*i*) "Atividade probatória como captura psíquica do juiz. [...] como a demonstração da existência de um fato não é praticamente possível e a fixação formal dos fatos alegados no processo não tem como ser um conceito válido para o processo penal, o ponto de partida deve ser o conceito de atividade encaminhada a conseguir o convencimento psicológico do juiz. [...] a concepção material e a concepção formal podem ser superadas caso a atividade probatória seja considerada substancialmente demonstrativa, mas não de mera fixação formal dos fatos: ela visa obter o convencimento psicológico do juiz a respeito de sua existência ou inexistência. 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. [...] a atividade probatória é tida como uma atividade demonstrativa mediante atos processuais, –que não prescinde por completo da verdade, uma vez que há referência ao passado –, mas *o critério de verdade ou falsidade passa a ser tido em conta com base no destinatário da prova, que é o juiz*." (KHALED JR, Salah H; DIVAN, Gabriel Antinolfi. A captura psíquica do juiz e o sentido da atividade probatória no processo penal contemporâneo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 156/2019, p. 395 – 423, Jun / 2019, p. 405).; (*ii*) "As provas são utilizadas pelas partes para dar suporte à *story of the case* que cada advogado propõe ao juiz. A decisão final é a adoção de uma ou outra das narrativas. Fica excluída qualquer referência à veracidade das teses. É, em síntese, uma função persuasiva da prova. (...) o conceito de prova está vinculado ao de atividade encaminhada a *conseguir o convencimento psicológico do juiz*. O determinante é convencer o juiz segundo as regras do devido processo penal. É assim que funciona o sistema a acusatório que, liberto da verdade, não permite que o juiz tenha atividade probatória (...)." Aury Lopes também a utiliza. LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 383-385.

direito à prova que deve ser maximizado pelo legislador e pelo juiz, ou seja, se seria possível com essa postura psicologicamente passiva, com uma "docilidade à persuasão", satisfazer o direito à provaigualmente titularizado por aqueles que atuam persuasivamente em direções contrárias.

Parece certo que, se *A* e *B* pretendem convencer o julgador deideias diversas, incompatíveis entre si, *não*haveria como conjugar, mesmo num plano meramente teórico, os direitos (de convencer o julgador) titularizados por *A* e por *B* se o julgador puder simplesmente deixar-se seduzir pela argumentação de um ou de outro, já que, ao deixar-se persuadir pela retórica de *A*, estaria o juiz violando o direito de *B* e, ao deixar-se seduzir pela retórica de *B*, contrariaria o direito de *A*.

A única forma de contemplá-los conjuntamente seria, paradoxalmente, com uma postura de «resistência à persuasão»: ao se resistir a *A*, contemplar-se-ia o direito de *B*, e, resistindo-se a *B*, estar-se-ia atendendo ao direito de *A*. E, ao contrário de uma postura cognitivamente passiva—de um «deixar-se levar» —, o «atuar resistindo» poderia ser feito da mesma maneira em relação aos argumentos (e às provas) de ambos, bastando que se tenha uma direção a ser seguida ou um ponto de apoio previamente fixados.

Referida resistência, para que não seja um mero jogo de cena — um «resistir para logo após simplesmente ceder a um dos lados» — deveria configurar-se num atuar vinculado a critérios objetivos, prévios e vinculantes.Não haveria como sequer imaginar que o julgador poderia resistir à persuasão sem essa orientação predeterminada, já que uma total liberdade para adotar qualquer critério de resistência permitiria,ao julgador, exercer um poder de disposição, o que é incompatível com o paradigma adotado: o garantismo constitucional.

Afinal, o direito à prova se exauriria com a fase persuasiva — com o aporte de elementos e de argumentos —, não passando de um direito de agir persuasivamente, que não abrangeria sequer uma «atenção compreensiva»[121], ou, ao contrário, abrangeria o direito a uma determinada modalidade de cognição sobre todo o material aportado pelas partes, baseada em um conjunto de critérios que vinculam o julgador e projetam um determinado resultado?

A ideia de que o direito à prova abrange o direito à estrutura e a todo um esforço metódico para garantir ao jurisdicionado o melhor conjunto probatório parece algo

---

[121] "Da mesma forma, é legítima a expectativa da parte de encontrar no magistrado *um olhar atento e crítico* em relação ao panorama que é construído através da atividade argumentativa desenvolvida com vistas à formação do convencimento jurisdicional.". REICHELT, Luis Alberto. O direito fundamental à prova e os desafios relativos à sua concretização no novo código de processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, vol. 267/2017, p. 197-210, São Paulo, 2017, p. 200.

incompatível com uma absoluta liberdade do julgador para atribuir-lhe qualquer significado ou mesmo para desconsiderá-lo. Admitir isso implicaria enfraquecer em demasia o direito à prova nas suas demais dimensões ou conteúdos, o que contraria a ideia de que a fundamentalidade corresponde a um vetor de maximização ou otimização.

Daí porque mesmo um direito ao convencimento do julgador exigiria: a) a sujeição deste a um determinado agir, voltado à efetiva análise e consideração das provas e argumentos relacionados, e b) a aferição da eficácia de cada elemento de prova e do todo com base em critérios ou parâmetros objetivos estabelecidos no próprio ordenamento.

O direito à prova, assim, sujeita o julgador à consideração da prova com base em critérios (mais ou menos) vinculantes[122], que disciplinem desde a abordagem que fará, definindo como deve examiná-la, quais atributos da prova seriam objeto de análise do julgador e quais são os critérios para atribuição de seu significado.

Jordi Ferrer Beltran também defende quea necessidade de um conjunto de critérios vinculantes da valoração da prova para que se tenha um autêntico direito à prova, ou seja, que o direito à prova também abrangeria o direito a um determinado resultado probatório[123].

---

[122]"[...] a convicção do juiz, como fenômeno psicológico, *reduz a prova a um ato de fé, à crença subjetiva do juiz* na existência dos fatos, que a lei transforma num juízo de certeza com validade apenas no caso concreto, mas do qual podem resultar a negativa da tutela do direito de quem o tem ou a sua concessão a quem não o tem." GRECO, Leonardo. O conceito de prova. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004, p. 232.

[123] "El tercer elemento definitorio del derecho a la prueba es el derecho a una valoración racional de las pruebas practicadas. Es habitual considerar que el derecho a la prueba no supone un derecho a un determinado resultado probatorio. Por ello, y por una exagerada devoción a la discrecionalidad del juez en la valoración de la prueba, no es extraño que la doctrina y la jurisprudencia considere, a menudo, que el alcance del derecho a la prueba se agota en los dos elementos anteriores. Sin embargo, en mi opinión, esa limitación es manifiestamente insatisfactoria. Como ha señalado Taruffo, el reconocimiento del derecho de las partes a que sean admitidas y practicadas las pruebas relevantes para demostrar los hechos que fundamentan su pretensión, es "una garantía ilusoria y meramente ritualista si no se asegura el efecto de la actividad probatoria, es decir, la valoración de las pruebas por parte del juez en la decisión." Esta exigencia de valoración racional de las pruebas puede descomponerse en dos elementos distintos: por un lado, se exige que las pruebas admitidas y practicadas sean tomadas en consideración a los efectos de justificar la decisión que se adopte. Por otro lado, se exige que la valoración que se haga de las pruebas sea racional. (…) Es necesario también que la valoración de las mismas, individual y conjunta, se adecue a las reglas de la racionalidad. Sólo así podrá entenderse que se respeta el derecho de las partes a probar, esto es, *a producir un determinado resultado probatorio* que sirva de fundamento a sus pretensiones. Es más, sólo si se garantiza que los hechos probados a los que se aplicará el derecho han sido obtenidos racionalmente a partir de los elementos de juicio aportados al proceso puede garantizarse también un nivel mínimamente aceptable de seguridad jurídica. (…) Sin embargo, la jurisprudencia constitucional y ordinaria no ha sido muy exigente a la hora de controlar la falta de motivación en materia de hechos probados. Tampoco la doctrina procesal mayoritaria ha ido mucho más allá. Creo que ello es debido a dos tipos de razones: en primer lugar, *a la falta de una teoría normativa que establezca algunos criterios de racionalidad que rijan en el ámbito de la libre valoración de la prueba. A falta de esos criterios claros, se tiende a maximizar el carácter libre de la valoración, su vinculación a la íntima convicción del juez*, la discrecionalidad judicial en materia de valoración de la prueba (tendente a la arbitrariedad cuando están ausentes los controles) etc. En segundo lugar, y en consonancia con lo anterior, se opera con una noción de prueba y de hecho probado marcadamente subjetivista que no distingue entre que un hecho esté probado y que haya sido declarado probado por un juez o un jurado" (grifou-se). FERRER BELTRÁN, Jordi. Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales. **Jueces para la democracia**, nº 47, p. 27-34, 2003.

a)a (in)suficiência do dever de motivar a decisão alcançada "sabe-se lá como"

É certo que os subjetivistas defendem que esse convencer-se— sem qualquer responsabilidade, porque se é mero "alvo"—, deve ser combinado com um agir (consciente e responsável) voltado a construir um discurso justificador do resultado alcançado (ou daconvicção formada)[124], o que impõe se perquira se a construção de um discurso justificador da «decisão tomada sabe-se lá como» teria a aptidão para maximizar o «direito fundamental à prova» ou, ao contrário, se a compreensão de que este impõe maximizar a contençãoao arbítrio decisório[125] levaria à necessidade de critérios que juridicizassem a própria tomada de decisão ou processo decisório (*decision making process*)[126], o que, reconhece-se, pode gerar alguma perplexidade, haja vista uma (ainda que só) aparente inutilidade de uma disciplina sobre o pensamento, dada à sua (suposta) incontrolabilidade, já que marcadamente subjetivo, íntimo e portanto, impermeável[127].

Todavia, por mais que seja difícil controlar o que passa(ou) pela cabeça do julgador e por mais que se deva recorrer também a outros critérios legitimadores dadecisão desconectados do pensamento ou raciocínio que levou o julgador à mesma[128], ter-se-ia que

---

[124] "A visão ora em questão corrobora a ideia de que há além de tudo uma convicção a ser efetivamente demonstrada [...]. A tese aqui exposta desloca efetivamente o julgador de uma espécie de *protagonismo inquisitorial* para outro tipo de centralidade, em que ele é tanto o *alvo* das tentativas de captura, nesse sentido, quanto o *responsável* pela construção (exposta e escrutinada) de sua(s) convicção(ões). KHALED JR, Salah H; DIVAN, Gabriel Antinolfi. A captura psíquica do juiz e o sentido da atividade probatória no processo penal contemporâneo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 156/2019, p. 395 – 423, Jun / 2019, p. 405. Também: "Não existe limites e regras abstratas de valoração (...), mas tampouco há a possibilidade de formar sua convicção sem fundamentá-la". LOPES JR., *op. cit.,* p. 377.

[125] "Para a análise destes espaços distinguirei neste capítulo, como disse no parágrafo 1.4, quatro aspectos ou dimensões do poder do juiz: o poder de denotação ou de verificação jurídica, o poder de comprovação probatória ou de verificação fática, o poder de conotação ou de discernimento equitativo e o poder de disposição ou de valoração ético-política. Direi imediatamente que estas quatro dimensões do poder judicial são assimétricas entre si. As três primeiras são complementares, no sentido de que a extensão de uma está determinada pelas demais, *mas, se se estendem além de certos limites, as três geram o poder de disposição, onde as funções de denotação, de conotação e de comprovação probatória se extraviam até deixarem o campo livre ao mero arbítrio decisionista.*" (FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal, São Paulo, 2002, p. 96). "[...] o problema da indevida discricionariedade judicial se resolve, a meu ver, reconhecendo o poder exercitado pelo juiz além desses legítimos (porque inevitáveis) espaços é um poder juridicamente ilegítimo – aquele que chamei de poder de disposição -, que a deoutrina tem a tarefa de criticar, e o legislador, o dever de remover. E tem mais. A abordagem garantista impõe reconhecer, sob o plano seja da teoria do direito seja da filosofia política, sendo a verdade processual absolutamente inalcançável e a submissão à lei, na qual reside sua fonte de legitimação, inevitavelmente imperfeita". FERRAJOLI. Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In: FERRAJOLI. Luigi. **Garantismo hermenêutica e neo constitucionalismo:** Um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 249.

[126] O termo aqui é tomado no sentido definido pela Psicologia Cognitiva.

[127] Refutando um suposto dever de o juiz expor, na motivação, o pensamento que levou à decisão, Slaverría aduz: "de entrada se trata de um concepto falto de operatividad. En efecto, cuando uma norma prescribe alguna conducta, el cumplimiento o incumplimiento há de ser verificable. Ahora bien, ante preceptos que imponen la obligación de motivar ciertas decisiones, nadie está en condiciones de observar si el decisor ha plasmado o no sobre el papal el recorrido mental que realmente le ha conducido a la decisión. SALAVERRÍA, Juan Iguartua. **El razonamiento en las resoluciones judiciales**. Bogotá: Temis, 2009, p. 20.

[128] O que pode ocorrer via disciplina da escolha/recusa do julgador, da definição do *thema decindendum*, da

reconhecer que um Sistema de Justiça completamente despreocupado com o processo de tomada de decisão terminaria respaldando um dado resultado probatório ainda que o julgador confessasse publicamente que o definiu porque assim lhe disseram os búzios, o tarotou os dados, como retratado na carta de Gargântua a Pantagruel[129], ou, pensando em algo menos caricato, porque "viu" a culpa nos olhos do réu ou a mendacidade da testemunha assim que a encarou[130], bastando que dito resultado tenha sido colocado numa posição de arremate de uma dada argumentação, que não precisaria sequer estar conectada a uma ideia de pensamento ou raciocínio conforme o Direito, ou seja, não precisaria estar direcionadaà demonstração do cumprimento dos critérios de fundo que legitimam a decisão fático-probatória.

Um sistema assim, ou (*i*) seria compatível com uma absoluta despreocupação com a qualidade do juízo fático-probatório, aproximando-se a uma espécie de justiça procedimental, cuja legitimação do resultado decorreria do respeito ao ritual,o que, como se viu, parece incompatível com a existência de verdadeiro direito à prova e com o paradigma garantista,ou (*ii*) teria que apostar todas as fichas no potencial retificadorda construção de uma argumentação voltada a justificar o resultado alcançado, ou seja, na ideia de que um resultado errôneo não poderia ser compatível com a ideia de devida motivação[131].

---

gestão da prova, da motivação da decisão (já) tomada e de seu controle via recurso ou ação revisional.

[129] RABELAIS, François. **O Terceiro Livro dos Fatos e Ditos Heróicos do Bom Pantagruel**. Trad. Élide Valarin Oliver, Cotia: Ateliè Editorial; Campinas: Editora da Unicamp. 2006, cap. 39, p. 231-234.

[130] A propósito a estudos que comprovariam que é o resultado de uma leitura automática (insconsciente) da face do declarante tem sido o fator que desempenha o papel mais importante na aferição da credibilidade de suas declarações. Confira-se, p. ex. PORTER, Stephen; BRINKE, Leanne. (2009). Dangerous decisions: A theoretical framework for understanding how judges assess credibility in the courtroom. Legal and Criminological Psychology. **Legal Criminol Psychol**, 14, p. 119-134, 2009, p. 125.

[131] Registre-se que não se questiona o potencial garantístico da motivação. Trabalha-se, no entanto, com a ideia de que se deve sempre que possível sobrepor garantias. Assim, embora haja uma conexão entre o raciocínio, para se chegar a uma decisão, e a argumentação, para justificar a decisão (já tomada), os (sub)sistemas respectivos devem ser desenvolvidos também com o propósito de que em um se consiga compensar as eventuais falhas na operação do outro. Nesse sentido, tem-se já diversos estudos que apontam que a motivação a *posteriori* apresenta baixa eficácia relevadora e retificadora de erros, valendo mencionar por enquanto a comprovação empírica realizada por Regina Mendes. (MENDES, Regina Lúcia Teixeira. **Do Princípio do Livre Convencimento Motivado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011). "On the other hand, accountability does not always aid decisions. Assim também pensa Leonardo Greco: "A convicção do julgador como função ou finalidade da prova corresponde a uma concepção subjetivista de uma realidade objetiva, os fatos. Essa concepção faz do juiz um soberano absoluto e incontrolável, *por mais que a lei lhe imponha* exclusões probatórias, critérios prédeterminados de avaliação ou a *exigência de motivação*.". (GRECO, Leonardo. O conceito de prova. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004, p. 231). Os próprios subjetivistas, que defendem a impossibilidade, desnecessidade e/ou inconveniência de uma tentativa de estruturar o processo de tomada de decisão, com base numa técnica probatória, reconhecem a baixa aptidão da motivação até mesmo para viabilizar um controle sobre a tomada de decisão: "Ao buscar um conceito que vise racionalmente gerar uma convicção externável, plausível e passível de concatenação lógica via sentença, está-se colaborando – ainda que minimamente – para com um controle por vezes falho, mas de ordem fundamental ..." (KHALED JR, Salah H; DIVAN, Gabriel Antinolfi a captura psíquica do juiz e o sentido da atividade probatória no processo penal contemporâneo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 156/2019, p. 395 – 423, Jun / 2019, p. 410). Ademais, o saber que se explicará na sequencia da tomada de decisão, pode piorar a retidão do raciocínio: "accountability actually increases the effects of some kinds of cognitive biases. For example, the

É certo que, num plano meramente lógico, ceder à persuasão (ou decidir de qualquer jeito) e, depois, submeter o resultado alcançado a um processo de justificação ou motivação poderia contemplar a exigência do direito subjetivo à adequada valoração da prova. Bastaria que a construção dessa argumentação (e o controle sobre ela) se desse rigorosamente segundo um arranjo que remetesse o julgador (e o controlador) aos critérios que legitimam o resultado decisório, convertendo-a (a justificação da decisão tomada) em um teste de aceitação de uma de um resultado que seria apenas provisório.

A adoção desse caminho — de impor uma estrutura argumentativa para a motivação do juízo fático-probatório —,longe de significar uma despreocupação do Direito com o processo de tomada de decisão, equivaleria a converter a elaboração da motivação numa espécie de emulação do próprio«processo de resistência à persuasão».Desse modo, na medida em que se admita que a garantia da motivação das decisões judiciais não se satisfaz com uma argumentação meramente persuasiva e que reclama a aptidão para demonstrar que o resultado alcançado seria aqueleatingido mediante o respeitoaos critérios estabelecidos pelo Direito, estar-se-ia, na realidade, conferindo à motivação uma função também heurística, convertendo-a num modo ou estrutura que guiará o próprio processo decisório.

Todavia, mesmo que se reconheça que a exigência de uma motivação com uma determinada estrutura configure uma forma de objetivar o processo decisório e de maximizar o respeito aos critérios que legitimam a tomada de decisão, deve-se ainda perquirir se se pode contentar apenas com esse caminho ou se se deveria apostar em outros meios para constranger o juiz a não decidirde qualquer jeito, a impedir que se deixe levarexclusivamente por suas intuições, mediante a imposição de um determinado agir quando aborda, analisa, examina, categoriza, classifica, relaciona uma dada prova à hipótese que conforma seu objeto, enfim, impedindo ou minimizando o risco de que fatores completamente alheios aos ditos critérios terminem sendo (ainda mais) determinantes no resultado.

Defender que nada se pode fazer para minimizar o subjetivismo decisório[132], de um

---

tendency to pick a less ambiguous alternative when given a choice between options differing in uncertainty regarding the potential outcomes is made worse under conditions of accountability. Accountability tends to increase the confirmation bias, a tendency for decision makers to seek evidence that confirms an initial judgment, which is troubling because confirmation bias is also magnified through group polarization. If the jurors share an initial view of the best decision, the group will seek information to support that decision.35 Once a decision has been made, accountability may increase cognitive dissonance effects.36" BEECHER-MONAS, Erica. **Evaluating Scientific Evidence:** An Interdisciplinary Framework for Intellectual Due Process. Cambridge University Press, 2006.

[132] As limitações à racionalidade (ou à capacidade de objetivação do pensamento) é algo reconhecido pelos psicólogos, como MELLERS, Barbara A.; SCHWARTZ, Alan; COOKE Alex. Judgment and decision making. **Annual review of psychology**, n. 49, p. 447-77, 1998. p. 469, assim como pelos filósofos, como GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. **Quaestio facti** (ensayos sobre prueba causalidad y acción). Lima: Palestra Editores, 2005. Daí

lado, e, de outro, apostar tudo em um suposto potencial retificador (porque objetivador) da motivação de uma «decisão tomada sabe-se lá como», além de ser um contrassenso, mostra-se desatualizado em relação ao conhecimento desenvolvido pelas ciências cognitivas, que tanto demonstram a possibilidade dese conferir (mais)objetividadeao próprio pensamento (ao próprio raciocínio heurístico)— mediante uma tomada de consciência da possibilidade e, consequentemente, da responsabilidade, de assumir o controle[133] e seguir uma determinada pauta ou esquema para a análise e raciocínio—, como demonstram o baixo potencial retificador de uma motivação a *posteriori*, notadamente se construída sem a vinculação a uma rigorosa estrutura argumentativa, que remetam a uma pauta de critériosobjetivos.

Assim, ainda que se exigisse uma motivação conectada à ideia de pensamento conforme o Sistema, forçoso reconhecer que confiar tudo ao dever de motivar implicaria renunciar a meios que poderiam evitar que fatores irrelevantes, processados inconscientemente, terminassem por ser mais determinantes para o resultado que os próprios critérios jurídicos que o condicionam, já que nem sempre podem ser depurados na construção do discurso justificador.

Tal saída, ao menos em sua concepção mais radical, excludente, parece incompatível como o nosso paradigma — o direito objetivo como estrutura garantística de um valor que lhe é logicamente anterior e que merece ser maximizado —, de sorte que, tomando o direito à prova o valor em torno do qual se estrutura o sistema de prova judicial e, consequentemente,

---

que não há sentido numa abordagem "tudo ou nada" da racionalidade (objetividade ou intersubjetividade) como oposição à subjetividade, parecendo ingênuo pensar na concretização no mundo empírico de uma racionalidade pura, mesmo porque isso tanto seria desnecessário e, quiçá, contraproducente. Andrea Rodrigues (et. al.) defende que tanto é impossível excluir o subjetivismo, como é possível, definir determinados critérios que confiram e que permitam avaliar a objetividade de um determinado pensamento, notadamente se relacionado a um domínio específico. *In verbis*: "... que os julgamentos (acerca) de pessoas são inerentemente difíceis e que tomar decisões acerca e que impliquem na vida dos outros é uma responsabilidade que envolve tanto o intelecto quanto a emoção. A crença na capacidade de dissociação entre essas dimensões, muitas vezes ainda associada à considerada essencial imparcialidade da justiça, apela para uma perspectiva simplista e ingênua do ser humano, que não tem em conta as suas limitações inerentes. [...] Essa discussão convoca uma outra temática que é a da objetividade das decisões. Dixon refere que as diferentes profissões, de um modo geral, procuram fundar a sua legitimidade pela procura da demonstração da objetividade da natureza da sua tomada de decisões. *No entanto, vários autores defendem que a objetividade não se pode atingir totalmente*, na medida em que (e referindo novamente as limitações inerentes ao ser humano) os indivíduos seriam incapazes de ser racionais no seu sentido mais rigoroso e completo, nomeadamente pela incapacidade de ter em consideração todas as opções contempláveis para uma decisão. Dessa forma, *mais do que relativizar a capacidade de o ser humano atuar de forma totalmente objetiva*, importa reconceitualizar essa característica como algo que não existe em absoluto e transversalmente, mas que, em parte, se define por relação a cada domínio específico. *Postema discute essa questão defendendo, nesse seguimento, que cada domínio deve definir critérios estandardizados para avaliar as reivindicações de objetividade no seu campo.*" RODRIGUES, Andreia de Castro; SACAU, Ana; RUA, Filipa. O estudo do sentenciar: a importância da análise do processo de decisão penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 138, p. 89-123, 2017, p. 94 e ss.

[133] A realidade é que a Ciência trabalha com a ideia de correção do pensamento ou de regras para o pensamento correto, v. g., NISBETT, Richard. E.. Reasoning, abstraction, and the prejucices of 20th-Century Psychology. In: NISBETT, R. E. (org.). **Rules for reasoning**, p. 1-12 . Hillsdale: L. Erlbaum Associates, 1993, p. 11.

sobre qual se estruturaria o sistema de valoração da prova judicial[134], vê-se sobrelevar a necessidade de maximizar a contenção do arbítrio judicial.

Para seguir perquirindo se o dever de motivação da decisão teria essa aptidão (de maximizar o direito fundamental à prova), necessário superar três questões.

a.a) só haveria racionalidade (limitadora do subjetivismo decisório) com motivação?

Embora se reconheça que o dever deconstrução e publicização do discurso justificador tenha alguma aptidãopara conter o arbítrio decisório, não se pode afirmar que só haveria esse caminho para maximizar a racionalidade.

Demonstrando isso, pode-se mencionar pesquisas no âmbito do júri americano, que indicam que os jurados (que não motivam suas decisões) seguem uma racionalidade equivalente à dos juízes profissionais, entregando decisões com mesmo nível de acurácia, e que apontam, ademais, uma significativa melhoria dessa acurácia a partir da adoção de orientações (treinamento) aos jurados e aferição da decisão a partir de questionários que os confrontam com os pontos relevantes para a decisão final[135].

Fora do Direito, pode-se mencionar estudos que propõem determinadas estruturas de abordagem e pensamento para a melhoria de diagnósticos médicos, os quais, como se sabe, não são vinculadosa um dever de motivação do resultado alcançado.[136]

a.b) é mesmo impossível "acessar" aquilo que passou na cabeça do julgador?

Taruffo defende que a motivação poderia ser vista como uma espécie de indício do raciocínio/pensamento que levou à decisão. Nessa perspectiva, é de se indagar se não **poderia** haver outros indícios do raciocínio, até mais determinantes que a motivação, bastando pensar: no controle sobre a decisão os jurados que pode ser feito a partir das perguntas a que foram submetidos; na gravação dos debates em plenário, que podem indicar que os jurados não tiveram acesso à única prova documental e que confiaram na palavra do acusador (autorizando que se estabeleça que os jurados efetivamente não respeitaram a necessidade de prova e efetivamente decidiram condenar sem provas); nas notas taquigráficas e/ou gravações das sessões de julgamento dos órgãos colegiados; nos metadados dos arquivos que contêm a própria motivação (imagine-se que o julgador junta arquivo em sistema de processo eletrônico, que indica que foi finalizado antes da audiência de instrução, onde foram ouvidas

---

[134] Nesse sentido: ALMEIDA, Cléber Lúcio de. **Elementos da teoria geral da prova**. A prova como direito humano e fundamental das partes do processo judicial. São Paulo: LTR, 2013, p. 176 e ss.

[135] Vale mencionar: SEVERANCE, Laurence J.; ELIZABETH F. Loftus. Improving the Ability of Jurors to Comprehend and Apply Criminal Jury Instructions. **Law & Society Review**, vol. 17, n. 1, p. 153-198, 1982.

[136] Na área do diagnóstico médico, p .ex: FERREIRA, Joaquin. Enseñanza de razonamiento clínico a residentes de Medicina Interna mediante un modelo de aprendizaje basado en casos. **Educación Médica**. 20, 2018.

as testemunhas etc).

a.c) O pensamento do julgador (ou os reais motivos da sua decisão) é mesmo irrelevante para o Direito?

Taruffo deixa claro que o Direito impõe ao juiz uma determinada forma de pensar ou raciocinar:

> D'altra parte, il giudice si trova ora (come del resto è sempre accaduto, benché in condizioni diverse) a filtrare attraverso il suo ragionamento un'infinità di problemi giuridici e non giuridici che percorrono il tessuto sociale ed il suo mutamento. La sua responsabilità (ma anche questo non è nulla di nuovo, almeno negli ordinamenti moderni) è quella di far sì che il suo ragionamento sia condotto con metodi razionali, si fondi su nozioni controllabili, e fornisca adeguate giustificazioni delle scelte compiute, secondo i criteri che si ritengono accettabili nel contesto sociale e culturale del nostro tempo.[137]

Deve-se admitir, então, que, ao menos em tese,a legitimidade de uma dadadecisão poderia sim ser afetadapor aquilo que tenha passado pela cabeça do julgador.

Há que se reconhecer, todavia, que, pensando num caso isolado, buscando aferir a legitimidade do juízo-fático probatório, dada à enorme dificuldade de demonstração sobre o que efetivamente "pensou" o julgador, se deve mesmo fazer uma concessão a uma espécie de presunção de fidelidade do que se registrou na motivação (no texto escrito)— ou seja, presume-se que o juiz decidiu daquela forma porque efetivamente considerou aquelas razões constantes da motivação como autorizadoras daquele resultado, de sorte que a verificação da (in)adequação do pensamento remanesceria apenas para hipóteses excepcionais.

A hipótese o§5º, do artigo 157 do Código de Processo Penal[138] é um bom exemplo;segundo referido dispositivo legal, "o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão", ou seja, uma vez se demonstre que o prolator da decisão teve acesso à prova ilícita, mesmo que não haja nenhuma menção sobre a mesma ou sobre qualquer fato que pudesse ter sido inferido a partir dela, a decisão deveráser invalidada, só pelo fato de que o julgador soube daquilo que não deveria saber; o que, ademais, demonstra que o legislador reconheceu a incapacidade de a motivação impedir que referido conhecimento interferira no resultado decisório.

Mas além da adoção dessa perspectiva individualizada— a do controlador da decisão proferida em um dado caso — o designer ou crítico do Sistema não poderia deixar de assumir também uma perspectiva macro, que o coloca não mais assumindo o ponto de vista do

---

[137] TARUFFO, Michele. Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Anno LV, n. 3. p. 665- 695, 2001, p. 695.

[138] Referido dispositivo teve sua vigência suspensa por decisão liminar no âmbito na ADI nº 6.299.

controlador de uma dada decisão concreta, mas na condição de gestor dos serviços jurisdicionais.

Ou seja, ainda que, para os fins de (des)legitimar uma determinada decisão, se dispensasse uma preocupação comos seus (verdadeiros) motivos, bastando considerar as razões expostas no texto da sentença, forçoso reconhecer que jamais poderia ser tomado como algo desimportante ao Direito um resultado cumulado, que demonstrasse, por exemplo, que: a) fatores juridicamente irrelevantes para a definição sobre se alguém deve ou não ser considerado o agente da conduta criminosa — como o fato de o acusado (*i*) ter envolvimento anterior em crime de natureza completamente diversa, (*ii*) não ter emprego formal, (*iii*) ser negro, (*iv*) ser imigrante — foram mais determinantes que a própria qualidade do conjunto probatório, e b) que a maior tendência de condenação dos integrantes desse grupo não está associada a uma baixa qualidade da motivação.

A Ciência já consegue demonstrar que — sem que os julgadores tenham consciência disso — fatores juridicamente irrelevantes terminam configurando o (real) motivo que levou a se decidir de uma determinada forma, justamente porque se consegue demonstrar que configuram a nota de distinção entre casos de absolvição e de condenação[139]. Existem pesquisas sobre o que se denominou de*near misses* (ou quase erros), onde se comparam casos de condenações de inocentes (erro) e casos de absolvições em processos de inocentes equivocadamente acusados, com o que se conseguiu detectar que o Estado em que se deu o julgamento, a idade do acusado, os antecedentes deste terminaram interferindo na definição sobre se praticaram ou não a conduta que lhes era imputada.[140] Há também estudos

---

[139] P. ex.: a) Rogério Abreu et. al., fez um apanhado de "estudos empíricos que investigaram a possível influência de inclinações implícitas, da idade e dos valores religiosos de juízes para os resultados de suas decisões. Como vimos, os resultados apontaram, fortemente, para a constatação de que tais influxos desempenham um importante papel no processo de tomada de decisão, chegando a fornecer, em alguns casos típicos, validade preditiva." (ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de; GOUVEIA, Lúcio Grassi de; COLARES, Virgínia. Fatores metaprocessuais e suas influências para a formação da decisão judicial. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, nº 2, 2018 p.661-687. p. 685), b) André Valadares faz referência a diversos estudos empíricos que teriam a aptidão de demonstrar o quão determinante, para a decisão de juízes de órgãos colegiados, são fatores juridicamente irrelevantes, como a composição do órgão que integra, a ordem de votação etc. (VALADARES, André Garcia Leão Reis. A composição do órgão colegiado e seus efeitos na tomada de decisão. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, nº 2, 2018 p.719-739.).

[140] Gould (et. al.) faz uma metanálise sobre diversas pesquisas que se debruçaram sobre condenações errôneas e casos em que inocentes foram equivocadamente acusados, mas que restaram absolvidos (*near misses*), usando como como metodologia a comparação entre os dois tipos de casos, numa tentativa de determinar os fatores que fazem a diferença nos respectivos resultados. A conclusão é de que, além das causas tradicionais que levam a condenações errôneas (*wrongful convitions*) foram encontrados fatores adicionais que desempenharam um papel importante na condenação injusta, como, por exemplo, a idade do réu, o Estado em que se deu o julgamento, o histórico criminal do réu etc. GOULD, Jon & CARRANO, Julia & LEO, Richard & HAIL-JARES, Katie. Predicting Erroneous Convictions. **Iowa Law Review**. 99. 2013.

demonstrando a influência da raça no resultado de processos penais nos Estados Unidos[141].

Registre-se que não seria necessária uma comprovação empírica de que isso efetivamente ocorra no Brasil; a só possibilidade já autorizaria a preocupação do designer ou crítico do Sistema, mas há bem mais que a mera possibilidade: como se trata de um problema inerente ao "equipamento humano", seria um tanto ingênuo pensar que isso não ocorre aqui. Ademais, há estudos que demonstram que a cor da pele interfere na sorte do processo penalbrasileiro[142].

b) a ideia de um devido processo intelectual (intellectual due process)

Com o avanço da psicologia cognitiva e da jurimetria, não há mais como negar que fatores aleatórios e manifestamente irrelevantes para o Direito terminam muitas vezes sendo determinantes na tomada de decisão; os quais, por se processarem inconscientemente, não são depurados mesmo num processo sério de busca de justificação para a decisão já tomada.

A busca por maximizar as chances decisões que respeitem e sejam efetivamente alcançadas com base nos critérios firmados no próprio ordenamento, remete o jurista à necessidade de refletir sobre a ideia de um *devido processo intelectual*. Essa expressão (*intellectual due process*) é de Brewer (1998, p. 1976), a partir da análise de um julgado da Suprema Corte Americana[143] que definiu a inaptidão cognitiva do jurado médio para decidir sobre uma complexa causa de patentes[144].

Essa preocupação com a própria abordagem do caso, ou seja, com o próprio pensamento que conduz à formação da convicção, terminou sendo bem desenvolvida no âmbito de trabalhos que se preocupavam com erros praticados por peritos forenses, a partir do

---

[141] HARMON, Talia. Race for Your Life: An Analysis of the Role of Race in Erroneous Capital Convictions. **Criminal Justice Review**. 29. 76-96. 2004.

[142] Confira-se, também, disponível em: https://apublica.org/2019/05/negros-sao-mais-condenados-por-trafico-e-com-menos-drogas-em-sao-paulo/ Acesso em 05 ago. 2021.

[143] Markman v. westview Instruments, Inc., 116 S. Ct. 1384, 1396 (1996).

[144] These cases suggest a strong commitment among leading jurists to the idea that factfinding, including factfinding regarding matters that are the special epistemic province of expert scientists, must be conducted in a coherent and rational manner in order that this epistemic process meet the normative requirements of a legal system that operates to grant or deprive people of life, liberty, and property. Reflecting on these and other such statements by judges and other jurists, we may sense a commitment, immanent in the broad materials that constitute authoritative law (U.S. law, at least), to what we may call the practical norm of intellectual due process. In re Japanese Electronic Products Antitrust Litigation is especially fertile here, with its suggestion that the epistemic process of comprehension of theoretical complexities is a mandate of the decidedly practical norm of the Due Process Clause. Though there are, to be sure, many features of due process that do not specifically "sound" epistemic, that case reveals that some distinctively practical norms do have meaningful epistemic consequences. Much philosophical work remains to be done to explicate this emerging rule-of-law norm. Recognition of intellectual due process as a practical norm in the family of rule-of-law norms has only just begun-partly because the startling advances in scientific methods-coupled with the striking increases in the technological complexity of society and the laws that arise to govern and guide it, is also a relatively recent socio-epistemic phenomenon." BREWER, Scott. Scientific Expert Testimony and Intellectual Due Process. **Yale Law Journal**, vol. 107, no. 6, April 1998, pp. 1535-1682. p. 1696.

questionamento sobre a suficiência de uma abordagem justificadora do resultado alcançado (os chamados informes ou laudos periciais), mesmo que pautada por critérios objetivos[145].

No âmbito desses trabalhos, chegou-se à conclusão de que é imprescindível a institucionalização de um caminho para própria fase de construção (ou de descoberta) do resultado da análise pericial, como abordagem às cegas, supressão/filtragem de informações irrelevantes, geração, reflexão e *feedback* sobre hipóteses concorrentes etc.; enfim, defende-se que um processo de pensamento (*reasoning*) estruturado é indispensável à elevação da qualidade das decisões alcançadas[146].

Assim, o Direito não pode ficar alheio à compreensão sobre (*i*)o poder de interferência de fatores juridicamente irrelevantes (completamente alheios aos critérios que legitimam a decisão)[147], (*ii*)a necessidade de instituir mecanismos para mitigá-los, dentre os quais, destaca-se(*iii*) a exigência e estímuloà adoção de uma estrutura para o raciocínio

---

[145] São diversos os trabalhos publicados na área das ciências forenses, que assumem essa ideia da necessidade de um esquema (*framework*) para o pensamento ou raciocínio, valendo mencionar aqui: (*i*) KUKUCKA, Jeff & DROR, Itiel. Human Factors in Forensic Science: Psychological Causes of Bias and Error. 10.31234/osf.io/8pqyt.; (*ii*) DROR, Itiel & THOMAS, Robin. The cognitive neuroscience laboratory: a framework for the science of mind. In: Christina E. Erneling & David Martel Johnson (eds.), **The Mind as a Scientific Object:** Between Brain and Culture. Oup Usa. 2005; (*iii*) DROR, Itiel; CHARLTON, David; PÉRON, Ailsa. Contextual Information Renders Experts Vulnerable to Making Erroneous Identifications. **Forensic science international**. 156. 74-8. 2006. 10.1016/j.forsciint.2005.10.017.

[146] *A structured reasoning process improves judgment*: Decisions that are less than optimal because of satisficing strategies can be improved. People benefit from decision aids. Training in reasoning dramatically improves performance. People can be taught to think correctly and to retain this knowledge. People are capable of sound reasoning if the information is presented to them correctly. Identifying the conditions under which the use of otherwise helpful heuristics may result in biased (i.e., less than optimal) decision making provides insight into structuring legal decision making in such a way as to minimize these biases. (BEECHER-MONAS, Erica. **Evaluating Scientific Evidence:** An Interdisciplinary Framework for Intellectual Due Process. Cambridge University Press, 2006, p. 22). Gustavo Sampaio simplifica o conceito de devido processo legal intelectual, como sendo a exigência, imanente ao devido processo legal, de que as decisões sobre questões empíricas tenham que estar epistemicamente justificadas. Segundo ele, "finding answers to these questions will have a considerable bearing on the issue of legitimacy of decisions. For if it is the case that the judgements about the empirical facts are not epistemologically justified, then decisions have no legitimate legal justifications. This idea is enhanced by the recognition that, immanent in the idea of rule-of-law-as constructed by contemporary Western legal systems there is an 'intellectual due process norm'. This concept is founded on the idea that epistemically arbitrary legal decisions are also not legally justified. In other words, legal decision-makers cannot simply 'toss a coin'." (RIBEIRO, Gustavo Sampaio A. "No Need to Toss a Coin: Conflicting Scientific Expert Testimonies and Intellectual Due Process." **Law, Probability & Risk**, vol. 12, no. 3-4, pp. 299-348. 2013. p. 300) Mais adiante, apoiando-se em Brewer admite a ideia de um "processamento": "In the case of the Due Process Clause, there is not a single procedure or act, which under verified compliance, would render the duties imposed by the due process clause as completely satisfied. Likewise, in the case of the intellectual due process, there is no single *procedure* or epistemic criterion, which verified compliance, would render the duties imposed by the intellectual due process norm as completely satisfied." (Ibidem, p. 341).

[147] "Como processo mental, a atividade de tomar decisões desenvolve-se no dispositivo psíquico humano e, por conta disso, expõe-se ao magnífico conjunto de influências historicamente cristalizadas na identidade e no caráter do indivíduo. Nesse ambiente, apenas parte do raciocínio que conduz ao resultado transita e trabalha com elementos que estão sobre a linha consciente: a maior parte do trajeto e dos influxos com os quais tem de lidar permanece oculta no misterioso universo do inconsciente humano. Toda decisão, portanto, é apenas em parte racional e consciente." ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de; GOUVEIA, Lúcio Grassi de; COLARES, Virgínia. Fatores metaprocessuais e suas influências para a formação da decisão judicial. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, nº 2, 2018 p.661-687. p. 685.

probatório (*structured reasoning process*),que vincule a forma como o julgador aborda, organiza, analisa e relaciona a prova (elemento de) ao seu objeto, depurando, assim, suas intuições e emoções.[148]

Ademais, a ideia de devido processo intelectual não se encerra na definição de regras para o pensamento, reclamando, também, determinadas habilidades e aptidões, que maximizem o cumprimento dessas regras e melhor supram suas (inevitáveis) lacunas.[149]

Enfim, o que se quer defender é que a legitimação do resultado da valoração da provapode não depender apenas deuma justificabilidade conforme o Direito, ou seja, da existência de razões que demonstrem sua adequação à ordem jurídica, mesmo ditas razões tenham alguma aptidão para demonstrar que dito resultado seria aquele alcançado se seguisse o "processo" de tomada de decisão adequado.Vai-se um pouco mais longe para defender que a legitimação da decisão não prescinde que este percurso tenha sido o que efetivamente levou o julgador à decisão, ainda que, por razões pragmáticas, se renuncie a um controle endoprocessual ou caso a caso.

Concluindo, assume-se que o direito fundamental à prova abrange o direito a uma adequada valoração, que, por sua vez, pode ser reconduzida à ideia de um *devido processo intelectual*[150].É certo que os critérios que viabilizariam sua concretização, ou seja, que

---

[148] Timothy Capurso sintetiza bem essas ideias: (*i*) sobre a impossibilidade de uma abordagem objetiva do mundo, *in verbis* "however, the Formalists' concept that the facts and the law are fixed elements does not appear rational. Instead, the Realists' presentation that both the facts and the law are subject to interpretation by the parties to litigation seems to be a more practical approach. (...) Among these insights is the Realists' ability to portray a judge as a human being, rather than as an individual devoid of all emotions."; (*ii*) sobre a ingenuidade de uma aptidão retificadora da motivação, "additionally, the Realists, in accord with Judge B and Attorney A above, are correct in their contention that many jurists do, in fact, craft legal arguments once they have determined how a case will be decided. (...)"; (*iii*) sobre a possibilidade de contenção do subjetivismo/discricionariedade judicial, "the fact that legal rules do not always dictate the decisions of cases does not imply that those rules do not have significant, often controlling, influence during the decision-making process. Realists who minimize this influence are often portrayed as reactionaries who feel betrayed when they learn that the traditional theory of legal determinism is often false. (...) "If the rule is known on an issue, the possibility of accurately predicting the outcome is substantially increased. Realists ignore the fact that with many cases, the result is directly dictated by a legal rule without the intervention of judicial discretion. (...) Realists tend to disregard these types of cases, in part because where a rule leaves no doubt as to the outcome of a case, it is not often litigated. CAPURSO, Timothy J. "How Judges Judge: Theories on Judicial Decision Making." **University of Baltimore Law Forum**, vol. 29, no. 1, p. 5-16, 1999, p. 13-14.

[149] Nesse sentido: "[…] the customary distinction is between the normative (how one ought to proceed) and the descriptive (how one in fact proceeds). *But, if individuals are to be helped to improve their performance in daily life, it is unrealistic to hope that this may be achieved simply by teaching them decision theory. Recommendations need to go beyond normative and descriptive accounts and to advocate measures that actually help people make better decisions. Such prescriptive measures are likely not to fall neatly into either the normative or descriptive categories*.". JOHNSON-LAIRD, Philip N., SHAFIR, Eldar. The interaction between reasoning and decision making: an introduction, **Cognition**, Volume 49, Issues 1–2, 1993, p.1-9. p. 7.

[150] Essa ideia de devido processo intelectual – corresponde à de Kazuo Watanabe sobre *cognição*: "um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo.". (WATANABE, Kazuo. **Da cognição**

projetam um determinado resultado probatório, não correspondem a uma disciplina rígida, mediante regras com tipicidade fechada, cujo respeito se verificaria mediante um juízo de subsunção, como no caso dos demais "conteúdos" do direito à prova abordados há pouco, que permitem uma maior objetividade na definição daquilo que se poderia fazer ou impor a terceiro, com vistas a obter e preservar um determinado elemento de prova, bem assim, na definição de quais — e por que meio — poderia ou deveriam ser incorporados ao processo.

De fato, o conteúdo do «direito à valoração adequada da prova» termina por representar uma grande dificuldade para aquele que irá configurá-lo para fazê-lo operável na prática —, notadamente no que diz com a manutenção de um ideal de previsibilidade e igualdade.

2.2 A Finalidade do Sistema: a Valoração da Prova e os Ideais Garantistas de Verdade e de Controle

2.2.1 Superando a ambiguidade do Direito positivo

O Direito positivo brasileiro parece oscilar entre duas concepções completamente antagônicas. De um lado, registra expressamente que a função do processo é a descoberta da verdade[151] e empodera o juiz, permitindo-lhe agir de ofício para determinar a incorporação de

---

no processo civil. Campinas: Bookseller, 2000, p. 58-59). Optou-se, todavia, por traduzir o termo em inglês, porque parece mais adequado à ideia do raciocínio judicial, como algo que se coloca como um meio termo entre os extremos que representariam, de um lado, um modelo de prova legal, no seu sentido mais rigoroso, segundo o qual o juiz não teria qualquer margem para um pensamento heurístico do resultado da análise das provas, e, de outro, o modelo de um convencimento absolutamente livre ou de íntima convicção. As expressões "devida cognição" ou "cognição adequada", que, a princípio poderiam ser utilizadas no lugar da tradução, têm ainda uma certa indefinição quanto ao seu alcance, sendo utilizado também num sentido mais abrangente, para alcançar questões relacionadas à admissibilidade e prática da prova, onde, p. ex., se situam discussões sobre o protagonismo do julgador no âmbito do exame das testemunhas. Ricardo Gloeckner usa a expressão "devida cognição" para abranger a seleção do julgador, do material que será objeto da análise etc. Confira-se: "Deve-se falar, portanto, em um direito fundamental à *devida cognição* no processo penal. Ao que nos parece, no que diz respeito exclusivo ao cenário das prisões processuais, algumas questões devem ser sinalizadas: a) magistrado que decreta uma prisão processual não pode decidir o mérito; b) as razões, elementos e formalização de todas as medidas cautelares, protetivas e preventivas devem ser autuados em apartado, perante juiz diverso da instrução e jamais poderão acompanhar os autos principais; c) toda decisão cautelar, protetiva e preventiva deverá ser acompanhada de audiência, em contraditório, para que o afetado pela decisão possa alargar o campo cognitivo judicial; d) mecanismos de disfluência processuais devem ser introduzidos (como a segmentação do processo em fases, com os cuidados para se garantir que uma não invada a outra) no processo.". (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** v. 117, 2015.). Para Fernanda Vogt a cognição decorreria de uma prerrogativa do juiz de conhecer uma dada questão (*notio*), não se confundindo com o pensamento à atividade intelectual inerente à decisão (*judicium*). (VOGT, Fernanda Costa. **A cognição do juiz no processo civil.** Flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos. Salvador: Juspodium. 2020, p. 47).

[151] CPC - art. 319 - A petição inicial indicará: (...) VI - as provas com que o autor pretende *demonstrar a verdade*

provas não requeridas pelas partes, até mesmo quando no exercício do segundo grau de jurisdição[152], chegando, inclusive, no processo penal, a autorizar que seja determinada a prisão do acusado se se entender que a instrução (voltada à verdade) estaria ameaçada pela liberdade deste [153].

Por essa ótica, parece que o legislador, não apenas estabeleceu um requisito material legitimador do juízo fático-probatório, mas que dito requisito é a própria verdade ou realidade histórica. Assim, embora admita que a prova visa, num primeiro momento, a formação da convicção do julgador, que institucionalizará (uma dada versão ou hipótese sobre) o fato objeto de controvérsia, a respectiva decisão legitimar-se-ia apenas se correspondesse à verdade histórica[154].

---

dos fatos alegados; art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, *para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido* ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz; art. 378. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para *o descobrimento da verdade*; Art. 458. Ao início da inquirição, a testemunha prestará o compromisso de *dizer a verdade* do que souber e lhe for perguntado. Parágrafo único. O juiz advertirá à testemunha que incorre em sanção penal quem faz afirmação falsa, cala ou *oculta a verdade.* CPP - Art. 184. Salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, *quando não for necessária ao esclarecimento da verdade;*Art. 203. A testemunha fará, sob palavra de honra,*a promessa de dizer a verdade* do que souber e lhe for perguntado ...; Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, *de modo que prejudique a verdade do depoimento*, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. Art. 497. São atribuições do juiz presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente referidas neste Código: (...) XI – determinar, de ofício ou a requerimento das partes ou de qualquer jurado, as diligências destinadas a sanar nulidade ou a suprir falta que prejudique *o esclarecimento da verdade*. (grifou-se).

[152] CPC - Art. 95. Cada parte adiantará a remuneração do assistente técnico que houver indicado, sendo a do perito adiantada pela parte que houver requerido a perícia ou *rateada quando a perícia for determinada de ofício* ...; art. 370. Caberá ao juiz, *de ofício* ou a requerimento da parte, *determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito*. Art. 938. (...) § 3° Reconhecida a necessidade de produção de prova, o relator converterá o julgamento em diligência, que se realizará no tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, decidindo-se o recurso após a conclusão da instrução. CPP - Art. 147. O juiz poderá, *de ofício*, proceder à verificação da falsidade. Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. Art. 168. Em caso de lesões corporais, se o primeiro exame pericial tiver sido incompleto, proceder-se-á a exame complementar por determinação da autoridade policial *ou judiciária, de ofício*, ou a requerimento do Ministério Público, do ofendido ou do acusado, ou de seu defensor; art. 404. Ordenado diligência considerada imprescindível, de ofício ou a requerimento da parte, a audiência será concluída sem as alegações finais. Art. 497. São atribuições do juiz presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente referidas neste Código: (...) XI – determinar, de ofício ou a requerimento das partes ou de qualquer jurado, as diligências destinadas a sanar nulidade ou a suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade; Art. 616. No julgamento das apelações *poderá o tribunal, câmara ou turma proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências*.

[153] CPP - Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal.

[154] Assim, é porque a escola racionalista é vista como a escola da prova livre, segundo a qual sua disciplina dar-se-ia por meio de um princípio geral – o princípio da prova livre, que seria uma espécie de mandamento de maximização das oportunidades probatórias, refletindo sobre a sua admissão (toda prova relevante deveria ser admitida), incorporação (sem restrições formais) e valoração (sem regras de valor) – e de exceções a esse princípio, que se justificariam apenas por valores de outra natureza (não-epistêmicos).

Por outro lado, há também razões para concluir que o legislador processual terminou equiparando, à verdade, aquilo que o julgador crê seja a verdade, esvaziando qualquer requisito substancial para a aceitação de uma dada hipótese fática, já que não expressou nenhumcritério objetivo que balizasse a formação da crença do julgador, de sorte que esteterminaria livre para encontrar a sua própria verdade[155].

Sob esse ângulo, parece que se seguiu uma ideia completamente antagônica, justamente aquela defendida pela escola subjetivista ou psicologista da prova; ou seja, ao fim e ao cabo, a finalidade da prova não seria outra senão a de «persuadir o julgador»; a prova não passaria da atividade ou argumento voltado a convencer aquele que deve decidir sobre os fatos e, posteriormente, o auditório através do qual poderá ecoar a decisão.

A finalidade da prova judicial, assim, seria, num primeiro plano,a formação da convicção do julgador e, a partir desta, a fixação, institucionalização ou adjudicação dos fatos no texto justificador da decisão; a legitimidade do juízo fático-probatório seria alcançada mediante: *i*) o respeito ao rito de incorporação da prova; e *ii*) uma determinada qualidade da argumentação construídana sentença. A correspondência da hipótese fática admitida, com a realidade histórica, seria algo contingencial e portanto, prescindível paraa legitimação do resultado decisório[156].

Diante de normas aparentemente contraditórias, impõe-se recorrer ao valor estruturante do Sistema que integram, para reclamar-lhes a necessária unidade teleológica voltada otimizá-lo. Como visto há pouco (I.1.6), o direito fundamental à prova não pode ser

---

[155] CPC - Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento. Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório. Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.
CPP - Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

[156] Segundo Aury Lopes, "a premissa fundamental é que o processo é uma situação ... na qual se desenvolvem diálogos e se narram fatos. Essas narrativas e diálogos (melhor discurso) têm relevância desde sua estrutura semiótica e linguística, *não sendo relevante a relação entre a narrativa a a realidade empírica*" ... "Elementar que, superado o paradigma cartesiano, assumida a subjetividade e o caráter (inegável) de ritual do processo judicial, compreende-se que o processo penal, principalmente o acusatório, é uma estrutura de discursos. E o que o juiz faz, ao final, é exatamente a eleição dos significados de cada um deles para a construção do seu (sentença). *Daí porque nossa posição situa-se na coexistência da função ritual com a persuasiva.* (...) "A decisão judicial não é a revelação da verdade (material, processual, divina etc) mas um ato de convencimento formado em contraditório e a partir do respeito às regras do devido processo. Se isso coincidir com a "verdade", muito bem. Importa considerar que a verdade é contingencial, e não fundante. (...) o juiz na sentença constrói – pela via do contraditório – a sua convicção acerca do delito, elegendo os significados que lhe parecem válidos (dentro das regras do jogo, é claro). O resultado final nem sempre é (*e nem precisa ser) a "verdade"*, mas sim o resultado do seu convencimento – construído nos limites do contraditório e do devido processo penal." (LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 383-385).

visto como o direito a um procedimento e atividade voltados a um «decidir de qualquer jeito», cujo resultado — o «fato provado» ou o «fato não provado»— não precisaria ser intrinsecamente correto ou sequer comportaria esse predicado.

Assim, forçoso concluir que a concepção subjetivista ou persuasiva da prova judicial, embora irretocável num plano puramente lógico[157] e até compatível com a literalidade de alguns dispositivos do Código de Processo Civil e do Código de Processo Penal[158], não foi acolhida em nosso ordenamento jurídico-processual, ao menos numa versão mais radical, que exclua qualquer critério que vincule a convicção do julgador, justamente porque não é compatível com a ideia de um direito subjetivo à prova, que não teria qualquer sentido de existir se não abrangesse, em alguma medida, algum requisito legitimador da «prova resultado».

A ideia de «dar por provado» como a mera aceitação de algo, sem que este cumpra qualquer requisito ou critério relacionado ao seu conteúdo, ou simplesmente vinculando a decisão ao que foi debatido ou construído argumentativamente pelas partes, não condiz com a própria ideia de Estado de Direito(s Fundamentais), que não legitimaria uma restrição de direitos apenas porque se respeitou o ritual de incorporação da prova e porque se fez agregar uma argumentação mesmo desconectada da ideia de demonstração da correção material do resultado alcançado [159].

2.2.2 A prova e o ideal de verdade

Os subjetivistas apresentam dois (eixos de) argumentos voltados a justificar a desconsideração da (busca ou averiguação da) verdade como função do processo e da prova e, consequentemente, da sua condição de valor estruturante do Sistema.

a) a «busca da verdade» como uma «busca da verdade a qualquer custo»

O primeiro deles pode ser compreendido por uma defesa de que se o sistema de prova

---

[157] De fato, não há nada errado em dizer que, desde o requerimento até a sua incorporação ao processo, o juiz já entra em contato com a prova e no decorrer dessa aproximação já vai lhe atribuindo valor.

[158] A letra da lei parece decorrer muito mais de certa ingenuidade do legislador, que não atentou que a verdade é "problemática", o que decorre da falta de um bom embasamento epistemológico, desatualizado em relação aos avanços da epistemologia e das ciências cognitivas, notadamente àqueles mais diretamente relacionados às limitações do conhecimento humano e à formação da convicção.

[159] Ho Hock Lai demonstra a inadequação da chamada justiça procedimental (*procedural justice*)(HOCK LAI, Ho. **A philosophy of evidence law:** justice in the search for truth. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 64 e ss.) No Brasil, José Costa Neto: "é que a justiça procedimental será sempre imperfeita, e não existe método por mais meticuloso que seja que permita garantir um êxito justo sob a ótica do critério "verídica reconstrução dos fatos" (COSTA NETO, José Wellington Bezerra da; COSTA, Leonardo Dantas. A prova emprestada no direito processual brasileiro. **Revista de Processo**, vol. 277/2018, p. 197 – 233. 2018).

assumisse essa função epistêmica inexoravelmente colocaria o julgador como um inquisidor, no sentido pejorativo do termo[160]: (*i*) alguém não só movido por uma inesgotável curiosidade (ambição da verdade) que o deixaria cego para a argumentação das partes, impedindo assim qualquer mínima eficácia ao contraditório, e, mais, (*ii*) alguém predisposto à condenação, já que se abriria a possibilidade para decidir antes (aderindo, de logo, à hipótese acusatória) e, somente após, buscar razões para a decisão tomada, conformando o que FrancoCordero denominou de *primazia da hipótese sobre os fatos*.[161]

Contudo, esse argumento tanto consiste em um salto lógico como soa contraditório.

A uma, porque não se menciona qualquer razão para concluir que «a exigência de uma determinada relação entre a convicção do julgador e a realidade empírica, como condição para legitimar o resultado da prova»[162] seria necessariamente seguida desse tormentoso efeito colateral; afinal, deixaria de estar funcionalizado à verdade um dado Sistema que, de um lado, instituísseo «resgate da realidade histórica» como condição para uma decisão justa e, de outro, retirasse do julgador qualquer iniciativa ou protagonismo na fase de incorporação da prova, compensando essa inércia com a instituição de mecanismos para viabilizar, às partes, a formação do melhor conjunto probatório (por exemplo, colocando à sua disposição os poderes requisitórios judiciais ou criando a figura de um juiz só para a instrução)?

---

[160] "Quanto à verdade e ao seu lugar (a verdade é sempre uma questão de lugar), a posição talvez mais fecunda, até em função do que vem de ser dito no ponto anterior, é a que vai para lá do clássico da *verdade como adequação*, resistindo, porém, a fazer dessa ultrapassagem uma porta aberta ao que chamarei o paradigma da *verdade exilada,* isto é, uma verdade expulsa do sistema (...) recordar-se-á, também, que a experiência histórica marcada pela adoção da busca obsessiva de uma verdade feita finalidade, ao associar-se a experiências de tipo inquisitivo, impõe um trauma mais do que compreensível em torno do peso excessivo da verdade no tecido processual penal. (...) Melhor serviço me parece assegurar, para o efeito pretendido, uma simples operação de "banalização sistêmica" do valor verdade. Para um elemento tradicionalmente guinado ao estatuto de bússola da dinâmica processual, quer-me parecer que, mais do que a partir de uma erradicação (...), é a partir de uma definição do seu lugar em moldes pura e simplesmente profanos que pode produzir-se uma brecha de tomo no respectivo orgulho histórico.(CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego do direito: the Brazilian lessons.** São Paulo: Atlas. 2013, p. 68-69).Zuckerman rotula o argumento como o "mito do sistema inquisitório". In verbis: "El mito de un sistema inquisitorio: Detrás de la introducción legislativa de elementos inquisitorios em Inglaterra para auxiliar a los litigantes en persona, yace la idea de que en los sistemas jurídicos del *civil law* se emplea un sistema inquisitorio (entendido como la investigación judicial de los puntos centrales de la controversia, llevada a cabo por el propio juez que debe valorarlos méritos del caso). Esto constituye una concepción errada. En los sistemas del *civil law*,el tribunal puede tener un papel mayor en lo concerniente a la administración o manejo de las audiencias y a la obtención de las declaraciones de los testigos, pero el proceso sigue siendo estrictamente adversarial." (ZUCKERMAN. Adrian A. S.. La Averiguación de la verdad y el espejismo de proceso inquisitorio. Trad. Edgar Aguilera. In: BELTRAN, Jordi Ferrer; VÁSQUEZ, Carmen (coords.). **El razonamiento probatorio en el proceso judicial:** un encuentro entre diferentes tradiciones. Madrid: Marcial Pons, 2020, p. 95). Aliás, associação do termo inquirir (investigar no sentido empregado pela Ciência) com as perseguições e injustiças cometidas pela inquisição católica mostra-se um tanto falacioso, na medida em que, naquela época, o que efetivamente se fazia era desprezar a busca da verdade. O que os "inquisidores" de então equivale muito mais àquilo que Haack chama de *advocacy*, justamente o oposto de *inquiry*. (HAACK, Susan. Of Truth, in Science and in Law." **Brooklyn Law Review** , vol. 73, n. 3, pp. 985-1008. 2008. p. 986).

[161] CORDERO, Franco. **Guida alla Procedura Penale.** Torino: Utet, 1986, p. 51.

[162] Nesse sentido, p. ex., TUZET, Giovanni. **Filosofía de la prueba jurídica**. Marcial Pons: Madrid, 2021.

A duas, porque esse modelo de prova funcionalizada (exclusiva ou preponderantemente) à persuasão, que pressupõe um juiz cognitivamente passivo, que deve aguardar sua captura psíquica pela retórica da parte mais habilidosa, parece ser o mais propenso à consolidação de um prejulgamento e ao enfraquecimento do próprio contraditório[163]; ou seja, o modelo do «julgadorcognitivamentepassivo» é o que mais viabilizaria uma imediata adesão à hipótese acusatória, a primeira com que a "presa" tem contato, o que se seguiria de um solene desprezo (ou da conformação a esta hipótese) de tudo o mais que vier pela frente, como algo inerente à sua própria inércia.

Assim, mostra-se um tanto equivocado tentar defender o modelo subjetivista, mediante razões que, no máximo, justificariam a retirada de poderes instrutórios do julgador; isso porque a necessidade de um (exclusivo ou preponderante) protagonismo das partes na gestão da prova, ou mesmo da figura de um juiz só para a instrução, é algo que não se incompatibiliza comum julgador que busca a correção material da decisão (adequação aos critérios substanciais que condicionariam sua legitimidade), objetivo quereclama justamente uma*primazia dos fatos sobre a hipótese* acusatória, sendo certo quedar preferênciaaos fatos significa exatamente*perquirir* a correta significação dos elementos empíricos aportados, algo incompatível com uma postura de indiferença ou passividade cognitiva.

b) insuficiência do argumento cético

O segundo argumento corresponde à necessidade de superação de uma ideia ingênua de apreensão da realidade pelo sujeito, como se se pudesse realmente protagonizar uma relação sujeito-objeto.

As razões dessa postura cética podem ser resumidas como a impossibilidade de uma apreensão puramente objetiva da realidade empírica, decorrente (*i*) da impossibilidade de o sujeito se colocar fora dela, (*ii*) da impossibilidade de uma atividade de percepção descontaminada das experiências e preconcepções do sujeito, (*iii*) da indispensável mediação pela linguagem, dotada de suas imprecisões e ambiguidades e, por fim, (*iv*) da falta de garantia da indução.[164]

De fato, não há mesmo como negar que a realidade empírica, sobretudo aquela que

---

[163] GUIMARÃES, Rodrigo Régnier Chemim. Atividade probatória complementar do juiz como ampliação da efetividade do contraditório e da ampla defesa no novo processo penal brasileiro. 2015. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná – UFPR, Curitiba, 2015. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/41025. Acesso em: 08 de junho de 2022.

[164] Os diversos argumentos dos subjetivistas e/ou céticos podem ser encontrados em: *a*) STRECK, Lênio Luiz. Processo Judicial como Espelho da Realidade? Notas Hermenêuticas à Teoria da Verdade em Michele Taruffo. In Revista Sequência, V. 37, n. 74. pp. 115-136. 2016; *b*) LOPES JR, Aury. O problema da verdade no processo penal. In: **Verdade e prova no processo penal.**Estudos em homenagem a Michele Taruffo. pp. 63-84. Brasília, 2016.

ficou no passado, não pode ser apreendida em sua inteireza sem nenhuma espécie de distorção ou perda de qualidade, de sorte que a compreensão da verdade como a correspondência entre aquilo que se crê e a realidade, seria, no máximo, um ideal inalcançável.

Mas a inaptidão do argumento cético para respaldar uma concepção (preponderantemente) persuasiva da prova sobressai de logo manifesta, porque a própria concepção racionalista assume-o com uma de suas premissas fundamentais[165].

Ou seja, não basta apontar a impossibilidade de alcançar a verdade, necessário: *i*) justificar porque se deve simplesmente desistir dela como ideal, como meta que merece a máxima aproximaçãoe *ii)* apontar um critério legitimador do juízo fático-probatório alheio a essa ideia de aproximação com a verdade, já que não haveria como deixar um vazio em seu lugar,visto que, na prática, equipararia, à vontade do Estado, a vontade (pessoal) do agente público, algo incompatível com o paradigma assumido e com o direito fundamental à prova[166].

Ademais, seguir na busca de um critério legitimador completamente alheioà ideia de acessar a verdade históricaexigiria que se superasse o argumento dos racionalistas, de que uma ordem normativa colapsaria se a sua aplicação não se desse mediante um critério que pudesse ser compreendido como (ao menos) fortemente conectado com o resgate da realidade histórica, o que parece um beco sem saída, porque a norma jurídica é concebida para regular a realidade, aspirando à conformação do «ser» ao «dever-ser» que estabelece, ou seja, objetivando que a realidade empírica se adeque àquela abstração a que corresponde a norma.

Assim, se o que o titular do direito à prova busca perante o Estado-juiz é justamente a alteração de uma dada realidade empírica, sob o pretexto de que é (ou decorre de outra realidade) contrária ao Direito, não há como negar, que sua averiguação é a essência desse

---

[165] "Nunca un conjunto de elementos de juicio, por rico y fiable que este sea, permitirá alcanzar certezas racionales, no psicológicas o subjetivas, respecto de la ocurrencia de un hecho, de modo que todo enunciado fático es necesariamente verdadero o falso, pero nuestras limitaciones epistémicas nos sitúan siempre ante decisiones que deben adoptarse en contextos de incertidumbre." FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba sin convicción :** estándares de prueba y debido proceso. Madrid : Marcial Pons Ediciones Jurídicas y sociales, 2021, p. 18.

[166] Vale, aqui, a lição de Taruffo quando, defendendo a verdade no âmbito da ciência e do processo judicial, rebate o ceticismo e relativismo radicais: "O paradoxo ínsito nessas abordagens é evidente: cada um tem a sua verdade pessoal, de modo que ninguém comete erros e qualquer construção do mundo é verdadeira para os que nela creem. Houve, portanto, um tempo (talvez ainda não terminado) em que era verdadeiro que os negros eram fisiologicamente inferiores aos brancos, e houve um tempo (talvez ainda não terminado, ou não para todos) em que era verdadeiro que a Terra era plana e que o Sol girava em torno dela. (...) De resto, a ideia da relatividade cultural da verdade parece ainda hoje bastante difundida, se for possível dizer que «uma sentença proferida nos nossos dias com base em provas rigorosamente científicas, no que diz respeito à apuração dos fatos, não é por si só mais justa do que a decisão pronunciada, em outros contextos culturais e sociais, com base no ordálio do fogo» e que «os fatos apurados diante do êxito do ordálio, nas sociedades que o praticavam, eram indiscutivelmente verdadeiros»." TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade:** o juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor Paula Ramos. São Paulo, 2016, p 96-97.

direito fundamental e deve ser vista, portanto, como finalidade da prova judicial, merecendo ocupar uma posição central[167] no Sistema[168].

Desistir da tentativa de resgatar a verdade só se justificaria, assim, se esta trouxesse mais custos que benefício. Assim, desde que não se demonstre que os juízes são piores ou não poderiam se tornar melhores que os dados[169], por exemplo, o argumento cético não poderia ter o efeito paralisante pretendido[170].

---

[167] Nesse sentido: TRENTO, Simone. **As cortes supremas diante da prova.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 43.

[168] Mesmo sem recorrer a valores que extrapolam o conteúdo do direito à prova consegue-se sustentar essa conclusão. A doutrina que se debruça sobre o direito à prova ou direito de provar (*right to evidence*) é uníssona ao estabelecer essa conexão teleológica entre prova com a ideia de verdade e/ou de correção material da decisão. ALARCÓN. Reynaldo Bustamante. El derecho a Probar como elemento esencial de un proceso justo. Santiago. 2015. p. 86: "podemos decir que el derecho a probar permite a su titular producir la prueba necesaria para acreditar o verificar la existencia o inexistencia de aquellos hechos que configuran una pretensión o una defesa … para la correcta solución del caso concreto. Su finalidad ... mediata es – y no por ello menos importante – es asegurar y lograr la obtención de la verdad jurídica objetiva en cada caso concreto. No mesmo sentido: JARAMILLO, Luis Bernardo Ruiz. **El derecho constitucional a la prueba e su configuración en el Código General del Proceso colombiano.**Tese de Doutorado apresentada junto a UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI, 2017, p. 58. Não obstante, o fato de o conceito de prova e de verdade estarem intimamente ligados não quer dizer que são sinônimos.

"Prova e verdade estão ligadas teleologicamente: isto é, o fim da prova é a busca da verdade, e o sistema deve ser *truth oriented*. Dessa forma, tem-se que o direito à prova só tem sentido caso se conclua que as relações jurídicas são efetivamente merit-based. Caso contrário, melhor seria abolir qualquer meio de prova, retornando a métodos vulgares de resolução de conflitos, mais céleres e baratos, como jogar uma moeda para o alto." (RAMOS, Vitor de Paula. Direito Fundamental à Prova. **Revista de Processo**, vol. 224, p. 41, 2013, p. 2). "Para que se possa proferir decisão justa e conforme a realidade ... assegura-se a sua efetiva participação na produção da prova: a ele incumbe garantir às partes a plenitude do direito à prova..." FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional.** São Paulo, 2000, p. 67.

[169]Aqui vale a crítica de HAACK ao relativismo ou multiculturalismo: "'Racional' tem um uso descritivo, 'tendo a capacidade de raciocinar', o qual é verdadeiro para todos os seres humanos normais, e um uso normativo, 'usando bem tal capacidade', o qual é verdadeiro apenas para alguns de nós, e para aqueles apenas algumas vezes. E seu uso normativo é multiforme, abrangendo, inter alia: agir de tal maneira que, dadas as suas crenças, você provavelmente atingirá suas metas; ter objetivos que correspondam apropriadamente às suas necessidades; acreditar razoavelmente; conduzir a investigação de forma apropriada. Nós, seres humanos, temos a capacidade de raciocinar, somos racionais no sentido descritivo, mas, longe de sermos sempre racionais nos sentidos normativos, somos falíveis, imperfeitos, muitas vezes mentalmente preguiçosos, descuidados, indiferentes à verdade. E nossa capacidade para raciocinar traz consigo o perigo de o pensamento transformar-se em patológico – da falsidade grotescamente elaborada, da obscuridade exagerada [*affected obscurity*], do nonsense que faz sentido [*glossogonous nonsense*]. Duas principais estratégias irracionalistas são paralelas aos usos descritivo e normativo de "racional": uma mudança de ênfase para a emoção, o sentimento, a vontade, em vez do pensamento, do raciocínio, da cognição; e o denegrir dos padrões epistêmicos, padrões sobre o que faz uma evidência melhor ou pior e o que faz a investigação ser bem ou mal-conduzida, como sendo não mais do que locais, convencionais e veladamente políticos. Há um trabalho útil a ser feito na identificação das fontes da primeira estratégia – o equívoco das emoções como brutalmente irracionais, por exemplo, e a confusão entre o imaginativo e o imaginário.". HAACK, Susan. **Manifesto de uma moderada apaixonada:** Ensaios contra a moda irracionalista. Trad. Rachel Herdy. Rio de Janeiro: Edições Loyola, 2011, p. 225-226.

[170] Rescher, embora reconheça que o fato de o conhecimento ter que ser correto abre as portas para o ceticismo, leciona que sempre estará em questão não é uma certeza categórica ou desoladora, *mas uma certeza prática ou eficaz,* já que o que se faz necessário não é a centralidade teórica da lógica, mas a certeza prática da vida. Assim, como o ceticismo se baseia nas impossibilidades engendradas por padrões irrealistas e inalcançáveis, conformando-se numa relutância irrealista em correr riscos cognitivos, ele estaria em desacordo não apenas com a razão cognitiva, mas também com a razão prática, pois o cético perde de vista a própria razão de ser de nossos esforços cognitivos. Assim, conclui que o ceticismo é economicamente irracional: o preço que pagaríamos em endossar a posição do cético é tão alto que compensa qualquer benefício que possa advir disso. RESCHER,

Aliás, como Maria Clara Calheiros ensina, “encarar a verdade como possível (com todas as limitações inerentes) afigura-se ainda a única forma de ver na produção da prova algo que possui no processo uma função própria e sentido autônomo”; ou seja, deve-se abrir os olhos para o que deveria ser uma obviedade: se a prova judicial não pode ser vista como possuindo uma função própria, merecedora de um tratamento autônomo, a própria prova como área do conhecimento, como objeto de estudo perderia o sentido. A averiguação da verdade, ao que parece, é a única função que lhe dá esse sentido e autonomia[171].

2.2.3 O critério de verdade judicial vocacionado à administração do risco de erro

É de se admitir, pois, que o Sistema quer acertar, almeja que as hipóteses admitidas como provadas correspondam à realidade e as hipóteses não admitidas como provadas não correspondam a ela; se esses resultados não são atingidos, o sistema falha, produz um erro: um «falso positivo»— quando se admite **H** como provada e **H** não corresponde à realidade — ou um «falso negativo»—quando se admite **H** como não-provada e **H** corresponde à realidade.

AVerdade, todavia,por ser inalcançável, jamais poderá servir como o critério validadorda reconstrução obtida e, consequentemente, da admissão de uma determinada hipótese como (não) provada;ou seja, a conclusão acerca da (não) correspondência com a verdade sempre se dará em um ambiente de incerteza, sempre carregará algum risco de estar equivocada.

A ideia de aproximação com a verdade, assim, equivale à ideia de acurácia, retidão ou correção do juízo fático-probatório, isso porque, se é forçoso reconhecer que as capacidades cognitivas humanas não permitem o acesso à realidade empírica em sua pureza, notadamente a que ficou no passado, não há como negar que elas permitem avaliar o quão boas (ou ruins) são as razões justificadoras eventualmente disponíveis, ou seja,o quão segura (ou arriscada) é uma determinada crença ou opinião sobre uma dada realidade empírica.

Daí porque se pode dizer que a finalidade do Sistema é a redução do risco de erro que

---

Nicholas. **Epistemology.** An introduction to the theory of knowledge. Albany State, 2003, p. 37.

[171] CALHEIROS, Maria Clara. Para uma teoria da prova. Coimbra. Editora Coimbra. 2015. p. 90. No mesmo sentido Dei Vecchi, para quem “paradójicamente, hay quienes niegan que el proceso busque en cualquier sentido la verdad al tiempo que describen la actividad probatoria y los parámetros de justificación de las premisas fácticas de las decisiones judiciales a partir de la alusión a la prueba y a la SCR como método de valoración. Espero que a estas alturas sea clara la magnitud de la inconsistencia de este tipo de posturas.”. DEI VECCHI, Diego. **Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio.** Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio, Zela, Lima, 2020, p. 49.

inevitavelmente carregará toda a decisão que admite, ou não, uma hipótese como provada.[172]

Isso reclama, (*i*) de um lado, a fixação de deveres ao Estado-juiz, às partes e aos demais indivíduos, voltados a assegurar, incentivar e/ou facilitar o aporte, ao processo, de todo os elementos e informações que poderiam servir de razão para admitir (ou rejeitar) uma dada hipótese como correspondente à verdade, e, (*ii*) de outro, a definição de critérios para a significação dos elementos e informações obtidos, que tenham a aptidão de assegurar se estes efetivamenteconferem a segurança (ou risco de erro) adequada à (não) admissão dessa hipótese como verdadeira.

Mas o projetista do Sistema, quando de sua idealização, deve ter os pés no chão e reconhecer que, não só não encontrará o critério de verdade infalível (que garanta risco de erro zero), mas que o próprio critério de verdadepode não se concretizar em sua inteireza; aliás, dadas as características dos processos judiciais e da realidade de circunda os conflitos, não é errado dizer que o normalseria uma concretização subótima.

É que nada garante que sempre se conseguirá amealhar o conjunto probatório ideal (dotado de uma adequada completude), aliás, isso deverá ser a exceção,dada as peculiaridades de um processo judicial, onde: (*i*) a preservação das provas depende muito mais de uma pronta atuação da parte, sendo muita vez improlífera uma atuação retrospectiva do Estado; (*ii*) não raro, haverá interessados por sua ocultação; (*iii*) o custo para localização, apreensão e exame de um determinado elemento de prova pode ser demasiado elevado; (*iv*) a formação do conjunto e seu exame devem se desenvolver na presença das partes e respeitando uma

---

[172] Larry Laudan, que defende que a finalidade do processo e da prova é a redução de erros; no processo penal, condenações e absolvições errôneas; e a distribuição desses erros (ou distribuição do risco de erro), tendo em vista as repercussões concretas de uma e de outra espécie; sem esquecer que o processo também visa preservar outros valores "não epistêmicos». Confira-se: "If we look closely at the criminal justice system in the United States (or almost anywhere else for that matter), it soon becomes evident that there are three distinct families of basic aims or values driving such systems. One of these core aims is to find out the truth about a crime and thus avoid false verdicts, what I will call the goal of error reduction. A second is premised on the recognition that, however much one tries to avoid them, errors will occur from time to time. This goal addresses the question of which sort of error, a false acquittal or a false conviction, is more serious, and thus more earnestly to be avoided. In short, the worry here is with how the errors distribute themselves. Since virtually everyone agrees that convicting an innocent person is a more costly mistake than acquitting a guilty one, a whole body of doctrine and practices has grown up in the common law about how to conduct trials so as to make it more likely that, when an error does occur, it will be a false acquittal rather than a false conviction. For obvious reasons, I will say that this set of issues directs itself to the question of error distribution. The third set of values driving any legal system is a more miscellaneous grab bag of concerns that do not explicitly address trial error but focus instead on other issues important to the criminal justice system. At stake here are questions about the efficient use of resources, the protection of the rights of those accused of a crime, and various other social goods, such as the sanctity of marriage (spouses cannot be made to testify against one another) or preserving good relations with other nations (diplomats cannot generally be convicted of crimes, however inculpatory the evidence). I will call these non epistemic policy values. Such concerns will figure here because, although not grounded in the truth-seeking project, their implementation frequently conflicts with the search for the truth. LAUDAN, Larry. **Truth, Error, and Criminal Law:** An Essay in Legal Epistemology. Cambridge University Press, 2006.

determinada janela de tempo etc.

Além disso, deve-se refletir também que os critérios de significação/valoração da provaserão mediados pelos julgadores disponíveis em determinado tempo e lugar, não necessariamente virtuosos ou exemplares.

Isso força admitir que o melhor critério no plano teórico pode não ser aquele que gere melhores resultados práticos se o conjunto probatório e o operador dos critérios de significação disponíveis estiverem longe do ideal; ou seja, na definição dos critérios de verdade judicial pode ter que se escolher entre, de um lado, maximizar a acurácia/retidão de uma operação idealizada, e, de outro, maximizar a acurácia/retidão médiado Sistema que opera em uma determinada realidade concreta[173].

Por fim, não há como desconsiderar quenão rarohaverá uma considerável assimetria entre as consequências das duas espécies de erros —«falso positivo» e «falso negativo»—, sendo, a princípio, mais fácil assimilar as consequências deste último,de sorte que a finalidade de reduzir o risco de erro deve ser combinada com a promoção de uma adequada alocação do risco de erro entre essas duas espécies de resultados indesejados; o que pode autorizar a opção pelo incremento dorisco de um «falso negativo»se isso propiciar a diminuição do risco de um «falso positivo».

Daí porque, embora não seja errado dizer que os critérios da verdade judicial se vocacionam a propiciar a máxima aproximação com a verdade (*truth oriented*) forçoso reconhecer que eles não exaurem aí toda a sua funcionalidade ou, ao menos, que essa ideia de aproximação exigida pelo Direito precisa ser melhor explicada[174]; parecendo mais correto

---

[173] Schauer, que argumenta que é possível que o critério de verdade ideal não gere bons resultados cumulados quando operados sob circunstâncias que não se aproximam das ideais, o que geraria uma dissociação entre as finalidades do sistema stricto sensu: maximizar o direito subjetivo à prova considerada uma operação isolada do Sistema e maximizar o resultado cumulado do Sistema ou o seu resultado médio. SCHAUER, Frederick. In Defense of Rule-Based Evidence Law–and Epistemology Too. **Episteme**, vol. 5, no. 3, 2008, pp. 295-305.

[174] Diante dos diversos entraves à averiguação da verdade normais aos processos judiciais, Susan Haack chega a dizer que, no final das contas, esta não seria *exatamente* a finalidade da prova judicial, mas sim estabelecer a culpa ou a responsabilidade de alguém. Isso, todavia, não implicaria desestimar a importância da Verdade, já que não o processo não se visa apenas resoluções, mas resoluções justas; e a Justiça reclama verdades factuais. *In verbis*: “in my view, however, a trial – even a trial at which the main issue is a matter of fact, such as whether it was the defendant or someone else who pulled the trigger, or whether it was the drug in question or something else that caused the injury – isn't exactly a "search for truth." Rather, a trial is better described as a late stage of a whole process of determining a defendant's guilt or liability: the stage at which, under the legal guidance of the court, advocates for each side present evidence in the light most favorable to their case, and the finder of fact sifts through it and assesses whether it establishes guilt or liability to the required degree of proof. Qua litigators, the attorneys for parties at trial are primarily engaged, not in inquiry, but in advocacy. And the whole process is constrained by legal desiderata which are not directly, or even not at all, truth-related: that defendants' constitutional rights not be violated, that certain policy considerations (such as not discouraging landlords from making repairs that might prevent accidents) be served, and so on. Relevant evidence is thus sometimes excluded for reasons that have nothing to do with truth. Moreover, legal proceedings operate under a kind of time constraint alien to the search for truth in physics, history, and the rest. To quote Justice Blackmun again, the

dizer que a concepção dos desses critérios deve objetivar uma adequada administração do risco de erro, que compreenderia[175]:

a) a reduçãodo risco de erro inerente ao próprio modelo teórico, aferido segundo uma perspectiva individualizada,ou seja, segundo sua projeção para um caso isolado;

b)a redução do risco de erro do sistema que opera a realidade, aferido segundo uma perspectiva macro, pensando no seu resultado médio ou cumulado, considerando a própria medida da concretização do modelo teórico[176];

c)a alocaçãodo risco de erro entre os«falsos positivos» e «falsos negativos», sendo certo que um ajuste dos critérios poderá reduzir risco de erro da primeira espécie à custa de um incremento(não na mesma proporção) do risco de erro da segunda.

Pode-se acrescer, ainda,

d) a conciliaçãodos conflitos entre essas três finalidades, o que pode levar à necessidade de um ajuste dos próprios critérios de verdade, que termine por incrementar o risco de erro inerente ao próprio modelo teórico,mediante, p. ex., a proibição de incorporação e valoração de uma prova que se enquadrasse em uma determinada categoria que apresenta uma peculiar dificuldade de significação (ou da aferição de sua eficácia) e que, portanto, reclamaria um julgador com virtudes, habilidades e saberes não ostentados pelo julgador médio;

e) aredução de custos — não apenas econômicos, mas de diversas outras ordens — inerentes à redução do risco de erro, sendo certo que alguns deles podem não valer a pena pagar[177].

---

legal system seeks "quick, final and binding ...judgments"; the desideratum of promptness imposes time constraints at one end of the process, the desideratum of finality-and-bindingness at the other. Nevertheless, truth is surely relevant to legal proceedings, for we want, not simply resolutions, but just resolutions; and substantial justice requires factual truths.". HAACK, Susan. Of Truth, in Science and in Law. **Brooklyn Law Review**, v. 73, n. 3. pp. 985-1008, 2008, p. 985-986.

[175] Para maior aprofundamento: STEIN, Alex. Foundations of Evidence Law. Oxford. 2005. p. 112 e ss.

[176] "[...] trata-se de saber como podemos construir regras relativas à prova que limitem ao máximo a possibilidade de erro na avaliação dos factos, por seu meio, e desta forma evitar que de profiram decisões injustas, com base nesse mesmo erro". CALHEIROS, Maria Clara. **Para uma teoria da prova.** Coimbra: Editora Coimbra, 2015, p. 92.

[177] 2. Juan Carlos Bayon, seguindo as lições de Stein, defende que o problema do projetista do sistema de prova abrange questões éticas relacionadas aos custos da incorporação de medidas de redução de erros e à alocação do risco de erro (distribuição do risco de erro). Segundo ele: "*Los objetivos del derecho en relación con la prueba de los hechos*: Me parece que esos problemas son esencialmente cuatro. En primer lugar, el objetivo de buscar la verdad, cuando se es consciente de la falibilidad de los procedimientos que usamos para ello, se traduce de inmediato en el objetivo de minimizar el riesgo de error (o, dicho de modo más sencillo, de reducir el error). El primer problema que se le plantea entonces al derecho es el de cuál es la mejor estrategia a seguir para minimizar el riesgo de error en la prueba de los hechos. Una opción es dejar que el juzgador se guíe exclusivamente por los criterios generales de racionalidad epistémica (esto es, adoptar un sistema de completa libertad en la valoración de la prueba, flanqueado además por um principio general de admisibilidad de cualquier elemento de prueba epistémicamente relevante). Pero existe una opción alternativa: introducir, al menos en algunos casos —y

2.2.4O lugar da Verdade na Valoração da Prova

Formado o conjunto de provas, aportados os argumentos das partes sobre ele, o que se espera do decisor? Que finalidade o aplicador dos critérios de «valoração da prova» deveria perseguir?

Reconhece-se que pode ser mesmo difícil enxergar uma ruptura teleológica entre o subsistema de valoração e o sistema da prova que integra, notadamente porque ainda em curso uma missão de averiguação da realidade histórica. Mas se o julgador conclui que o conjunto probatório formado é completamente inapto a propiciar uma adequada aproximação com essa realidade e, consequentemente, não admitir como provada qualquer hipótese, teria, só por

---

naturalmente habría que determinar en cuáles—, una serie de normas sobre la prueba de cuyo seguimiento por los juzgadores se espera que, en conjunto y a largo plazo, resulte (en el tipo de casos cubierto por dichas normas) un número total de errores menor que el que produciría el funcionamiento de un sistema presidido por los principio de libre valoración y admisibilidad de toda prueba relevante. Es notorio que los sistemas jurídicos continentales se han inclinado decididamente por la primera estrategia —com irrupciones esporádicas y excepcionales de la segunda—, adoptando así uma configuración que, por razones históricas, bien podría calificarse como "benthamiana". De todos modos, determinar cuál de las dos estrategias sirve mejor al objetivo de la reducción del error constituye un problema epistémico que, a su vez, da lugar a problemas morales. *En segundo lugar*, minimizar el riesgo de error conlleva en sí mismo costes (tanto de funcionamiento general del sistema jurisdiccional como, para las partes, de dilación en la obtención de una decisión) y no es razonable postular que el derecho debe buscar la reducción del error literalmente a cualquier coste. Así que, si el primer problema era el de *la minimización del riesgo de error, el segundo es el de la minimización de los costes que trae consigo la minimización del riesgo* de error (que podemos denominar, por simplicidad, "costes procedimentales"). Determinar cuál es el trade-off apropiado entre riesgo de error y costes procedimentales de buscar su reducción es, desde luego, un problema no epistémico, sino de incuestionable naturaleza moral o política. Es obvio, en tercer lugar, que el derecho persigue también fines independientes de la búsqueda de la verdad cuya consecución, sin embargo, puede interferir con ésta (ya se trate de la protección de determinados secretos, o de cierta clase de relaciones entre las personas, de la garantía de derechos fundamentales, etc.). La importancia de esos fines puede justificar la existência de reglas de exclusión de ciertos elementos de prueba a pesar de que sea evidente su valor epistémico, es decir, su aptitud para acercarnos a la averiguación de la verdad, y, naturalmente, es un problema de naturaliza moral determinar cuál de esos bienes en conflicto debe prevalecer (o si, caso de ser posible, sería preferible la admisión de esos elementos de prueba buscando de algún otro modo la protección del fin independiente de la búsqueda de la verdad que esté en juego). *Reducción del error, minimización del coste de intentar reducirlo y obtención de fines independientes de la averiguación de la verdad no son, sin embargo, todos los objetivos que persigue el derecho en relación con la prueba de los hechos*. Un cuarto problema, de importancia capital, pero que me parece que no siempre ha sido considerado adecuadamente, es el de la asignación o distribución del riesgo del error, que está a su vez ligado a la idea fundamental de un estándar de prueba. Si los procedimientos que usamos para la búsqueda de la verdad son falibles, es inevitable que se produzca un cierto número de errores probatorios. Es evidente que los errores probatorios benefician a la parte del proceso cuya versión de los hechos se consideró probada siendo falsa y perjudican a la parte contraria, así que considerar probada la hipótesis mantenida por una de las partes hace que sea sobre la parte contraria sobre la que recae el riesgo del error. En teoría, sería concebible un sistema jurídico que se interesase exclusivamente por la reducción del error y fuese estrictamente indiferente respecto a su distribución, esto es, no considerara más indeseables los errores que perjudiquen a una de las partes del proceso que los que perjudiquen a la otra, importándole sólo la minimización del monto total de errores. Nuestros sistemas jurídicos no son así (y hay seguramente buenas razones para que no lo sean), pero podría resultar ilustrativo preguntarse en qué sentido haría falta y en qué habría de consistir un estándar de prueba en un sistema jurídico que fuese estrictamente indiferente respecto a la distribución del riesgo del error.". BAYÓN MOHÍNO, J. C. «Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano». **Revista Jurídica Mario Alario D´Filippo,** vol. 2, n.º 4, diciembre de 2010, p. 10 e ss.

isso, frustrado a finalidade da valoração? Estar-se-ia diante de uma operação defeituosa desse subsistema? Dito de outra forma, o «sistema de valoração da prova judicial» considerado isoladamente continua gerando uma tensão de sentido de se aproximar da realidade histórica ou, ao contrário, eleagora impõe justamente a identificação de eventual deficiência da prova constituída?

Embora integrante do sistema maior, há que se enxergar uma assimetria entre a finalidade da valoração da prova e do sistema de prova como um todo, assimetria que, curiosamente, é reclamada pelo próprio direito à prova.[178]

Como visto acima, até a formação do conjunto probatório, o direito à prova opera como um direito subjetivo de cada uma das partes isoladamente considerada, sua fundamentalidade convertia-se em um mandamento de maximização das chances de aproximação com a realidade que ficou no passado: o mais amplo acesso às fontes de prova, às técnicas (meio) de incorporação e exame mais eficazes etc. Mas, uma vez incorporada a prova que se logrou encontrar e preservar, não havendo mais como contemplar o direito de *A* ou de *B* isoladamente, o direito à prova – ainda que não se dissocie da ideia de um direito ao resgate (analógico) da realidade histórica – passa a sofrer uma espécie de reacomodação, de alteração do seu sentido.

É que, ao direito subjetivo a um resultado probatório adequado (aos critérios de verdade), contrapõem-se, por parte do Estado-juiz, um agir voltado à correta compreensão do significado da prova em termos de apoio que confere à hipótese que configura o seu objeto.[179] Não há mais um vetor do tipo "quanto mais (numeroso, amplo), melhor"; a ideia de facilitação do percurso — mediante uma espécie de propulsão e/ou remoção de barreiras— sofre uma contenção, porque agora a aproximação (analógica) com a realidade histórica passa a reclamar, *como único caminho*, a melhor compreensão do significado da prova incorporada

---

[178] A maioria da doutrina não destaca a finalidade da valoração da prova; aqueles que se posicionam especificamente parece não terem se dado conta de que apresenta, ou ao menos poderia apresentar finalidade diversa da prova (atividade ou sistema) como um todo. Nesse sentido, Jordi Nieva: "de lo que se trata es de que el juez pueda acercarse a los hechos tal y como efectivamente sucedieron de la manera más estrecha posible, reconociendo expresamente sus limitaciones, evidentemente. ***Y ése es justamente el objetivo de la valoración de la prueba, y no puede ser outro*** (...) Sin embargo, la finalidad de la valoración probatoria, aisladamente considerada, no puede ser otra que el acercamiento, en la medida de lo posible, a la verdad de los hechos, porque lo contrario sería asumir que el proceso puede convertirse en un elegante mecanismo para falsear la realidad, o bien que la falseamos y nos quedamos tan tranquilos porque si resolvemos un conflicto, eso sería o más importante." NIEVA FENOLL, Jordi. **La valoración de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 23-24.

[179] Claro que o litigante **A** que se propõe a provar $\mathbf{H_A}$, não vai ter violado o seu direito à prova se for atribuído, à prova $\mathbf{E_A}$, um valor superior ao que efetivamente tem, mas se essa sobrevaloração não se deu contra o seu direito à prova, certamente que não se deu atendimento do seu direito. A sobrevaloração (entendida como uma deturpação do significado), aí, tanto não se insere no âmbito do direito subjetivo de **A**, como viola o direito (à adequada valoração da prova) da parte adversa **B**.

e apenas dela; ou seja, a verdade histórica a ser buscada passa a ser aquela que a prova incorporada consegue assegurar; é o fragmento de realidade "contido" ou "viabilizado" por ela, prova[180]. O ideal de aproximação com a realidade histórica mantém-se, mas apenas porque seria uma consequência da correta significação da prova.[181]

Em resumo, a prova deixa de ser meio para a aproximação com a realidade histórica, e passa a ser um limite ou contenção; não mais ajuda as partes a demonstrarem a verdade de sua hipótese, mas, ao contrário, constrange o julgador a não ir além (nem aquém) dela (ou do seu correto significado)[182], daí porque é inevitável reconhecer que o resultado da valoração da

---

[180] Registre-se que aqui não se adere ao um realismo ingênuo, já que não se à ideia de que o elemento empírico não fornecerá sozinho o resultado da valoração, o que ficará mais claro mais adiante (item I.3.3).

[181] Echandia parece ser o único que deu importância à distinção: "Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, si a pesar de los medios allegados al proceso, no puede el juez adquirir el convencimiento sobre los hechos, el resultado de la prueba será negativo, no se habrá conseguido para ese proceso el fin que en abstracto le corresponde, no obstante que la actividad valorativa haya cumplido plenamente su función. *Por consiguiente son diferentes el fin de la prueba y el fin de su valoración.* Aquél es siempre el convencimiento o la certeza del juez. El fin de la valoración de la prueba es precisar el mérito que ella puede tener para formar el convencimiento del juez o su valor de convicción, que puede ser positivo si se obtiene, o, por el contrario, negativo si no se logra. Por ello, gracias a la valoración podrá conocer el juez si, en ese proceso, la prueba ha cumplido su fin propio, si su resultado corresponde o no a su fin (cfr. núm. 56). Pero en ambos casos la actividad valorativa ha cumplido por su parte el fin que le corresponde. *En cambio, el resultado de la apreciación de la prueba es el mismo resultado de la prueba para cada proceso (cfr. núms. 56 y 89); en unos casos el convencimiento del juez, y en otros la ausencia de tal convencimiento. Dicho de otra manera, el resultado de la prueba se conoce mediante su valoración."* (ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoría general de la prueba Judicial.** Buenos Aires: V.P. de Zavalía, 1976, p 304). Esse entendimento, todavia, parece confirmado por outros estudiosos da prova, como Taruffo, "A valoração da prova tem por objeto estabelecer a conexão final entre os meios de prova apresentados e a veracidade ou a falsidade dos enunciados relativos aos fatos em litígio. Procura-se estabelecer se e em que grau as provas disponíveis ao julgador sustentam uma conclusão sobre o status epistêmico desses enunciados (TARUFFO, Michele. **A prova.** Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 130). Jordi Ferrer também vai no mesmo sentido, "otra cosa es la valoración de la prueba que se debe realizar una vez el conjunto de elementos de juicio ya ha sido cerrado. En este momento, *el objetivo es determinar el grado de corroboración que éste aporte a cada una de las posibles hipótesis* fácticas en conflicto. (FERRER BELTRAN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 91). Vale mencionar, ainda, Miguel Gomes, "... tras la contradicción de los elementos de prueba disponibles corresponde al operador jurídico definir cuales de los admitidos deben ser descartados por haber sucumbido ante los reparos de los sujetos implicados y cuales puede ser considerados en función de la decisión de donde que haya de adoptarse. A partir de ali tiene el reto de evaluar el apoyo que los elementos de prueba disponibles ofrecen a cada una de las hipótesis en consideración, y definir se dicho sustento es suficiente para estimarlas probadas. GOMEZ, Miguel Enrique Rojas. **Lecciones de Derecho Procesal**, tomo III, Pruebas Civiles. 2015.

[182]Essa ideia de segurança/controle fica bem evidente quando se cuida do processo penal, haja vista ser um ideal ínsito à presunção de inocência. Nesse sentido, vale transcrever a lição de Daniel Lagier: "Precisamente la doctrina y la jurisprudencia española ha entendido que mientras la presunción de inocencia, entendida como regla probatoria, establece un requisito objetivo de las sentencias condenatorias, el in dubio pro reo establece una condición subjetiva. Pero esta interpretación psicologista (1) es injusta y desigualitaria, pues no trata igual a los casos semejantes (con los mismos o semejantes elementos de juicio un juez o jurado puede condenar y otro absolver); (2) no permite un *control real* de la decisión, pues es el propio juzgador el que decide si tiene o no una duda razonable o si está plenamente convencido (esto es así hasta el punto de que el Tribunal Supremo ha señalado en ocasiones que sólo se puede admitir el control de las posibles vulneraciones del principio in dubio pro reo cuando el órgano sentenciador ha expresado sus dudas respecto de algún hecho relevante y aun así ha condenado: se trata, por tanto, de un derecho a que se absuelva si hay expresamente duda, pero no un derecho a que se dude); y (3) es irracional, en el sentido de que es indiferente (dada la falta de controles) si el convencimiento del juzgador se basa o no en criterios racionales. GONZÁLES LAGIER, Daniel. **Presunción de inocencia, verdad y objetividad.** Repositorio Institucional de la Universidad de Alicante, p. 35-36. pdf.

prova é totalmente dependente da qualidade do conjunto que se formou, de sorte que, não haveria mais um espaço amplo para esforços voltados a facilitar o resgate da realidade histórica, mas apenas para saber o que — da realidade histórica — aquele conjunto de elementos consegue assegurar ou garantir.

Assim, embora o resultado da valoração da prova —«fato provado» ou «fato não provado»— seja o mesmo resultado da prova como um todo, já que a valoração é sua última etapa (I.5.3.2), pode-se concluir que suas finalidades (imediatas) não coincidem: o Sistema como um todo intenta aproximar-se da realidade histórica; o subsistema de valoração volta-se a definir qual (e o quão segura é) a «aproximação viabilizada por aquele conjunto de elementos que se formou», donde se vê que, na valoração, o ideal de verdade-descoberta dá lugar a um ideal de verdade-segurança (ou controle).

Pode-se concluir, desse modo, que a finalidade da valoração da prova, enquanto operação isolada do Sistema, é a de aferir o grau de segurança do apoio que a prova incorporada ao processo fornece à hipótese candidata a operar como se realidade histórica fosse.

2.3 Os Conceitos de Valoração da Prova

2.3.1 A valoração da prova como resolução de problemas (problem solving): um conceito psicológico

Como registrado (I.1.6), ao se assegurar o direito à prova, a ordem jurídica impõe ao julgador o dever adotar uma postura cognitiva de resistência à persuasão das partes. Sendo a prova o principal elemento de persuasão, essa resistência deve operar-se sobretudo quando o julgador a experimenta, ou seja, quando examina cada uma das provas que foram (ou que vão sendo) incorporadas ao processo.

A prova é um elemento do mundo empírico submetido a uma experiência sensorial do julgador[183]. O julgador experimenta a prova, ouvindo-a, vendo-a, tocando-a. O resultado

[183] Nos países de língua inglesa, o termo *evidence* tanto pode designar a própria fonte (coisa ou pessoa) como o resultado da experiência sensorial sobre a mesma: "When lawyers use the term "evidence" in this way, they have in mind what epistemologists would think of as "objects of sensory evidence" (Haack 2004: 48). Evidence, in this sense, is divided conventionally into three main categories: oral evidence (the testimony given in court by witnesses), documentary evidence (documents produced for inspection by the court), and "real evidence"; the first two are self-explanatory and the third captures things other than documents such as a knife allegedly used in committing a crime. The term "evidence" can, secondly, refer to a proposition of fact that is established by evidence in the first sense. This is sometimes called an "evidential fact" (HOCK LAI, HO. The Legal Concept of

imediato dessa experiência é a formação de uma "imagem" (ou representação) desse fragmento de realidade, a qual pode ser também chamada de «evidência».

O julgador não experimenta as provas todas de uma vez, mas ao longo de certo tempo, sucedendo uma à outra. Eventual docilidade à persuasão, não apenas viabilizaria a consolidação da primeira impressão sobre as primeiras evidências, mas também moldaria a própria percepção do julgador em relação às subsequentes[184].

Como já dito, uma abordagem garantista do Direito é incompatível com a aceitação de que significado da prova surgiria na mente do julgador, sem qualquer esforço, sem qualquer método[185], sem que se possa saber como se chegou àquele resultado, como se o julgador fosse uma espécie de xamã, detentor de uma sabedoria divina legitimadora de suas decisões, que sequerseria expressável linguisticamente ou apreensível conscientemente.

Ademais, se o processo se propõe ao resgate analógico da verdade histórica, ou seja, se se busca algo que funcione no seu lugar, preservando a ordem jurídica, forçoso reconhecer que este algo, embora dependa da prova enquanto elemento empírico ou fragmento da realidade empírica, não pode se contentar com a evidência enquanto resultado da experiência sensorial sobre aquela, sob pena de se aderir a uma concepção ingênua de que se poderia mesmo enxergar o passado. (I.2.2).

A "verdade da prova" traz agregada uma noção de retificação da evidência, mediante um constrangimento por operadores externos a esta. Essa ideia de conter a evidência, de resistir àquilo que for evidente, é bem explicada por Fernando Gil[186], que defende a ideia de que a verdade é necessariamente *problemática* e que deve ser trabalhada por aquilo que chama de operadores; dessa forma, ao contrário do defendido pela filosofia tradicional da evidência, esta nada mais seria que um "modo originário de doação de sentido", não implicando qualquer veracidade inerente (a evidência seria *index sui* e não *index veri*)[187].

Evidence. In: **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. 2021). Usar-se-á o termo *evidência* apenas neste segundo sentido. Para designar o objeto da experiência sensorial do julgador, usar-se-á o termo *prova*.

[184] Daniel Lagier, admite que seja mesmo impossível um conhecimento puramente objetivo, já que os fatos como percebemos estariam "carregados de teoria" e são relativos aos "nossos esquemas conceituais" (p. 8), e defende a ideia de um objetivismo crítico, quer seja consciente das dificuldades do conhecimento humano, mas que não caia nua desilusão radical acerca da possibilidade de apreender, na realidade, dados suficientemente objetivos; o objetivista crítico, todavia, deve submeter os fatos percebidos a uma rigorosa análise para determinar em que medida são independentes e em que medida são construções do observador, assim como em que casos podem ser conhecidos com (máxima) objetividade. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. **Quaestio facti** (ensayos sobre prueba causalidad y acción). Lima: Palestra Editores, 2005, p. 8-11.

[185] [...] que tenha a aptidão para levá-lo a concentrar-se em cada uma das provas e a sopesar todas as razões a favor e contrárias hipótese em questão.

[186] GIL, Fernando. **Modos da verdade** (entrevista conduzida por Rui Cunha Martins), Separata da Revista de História das Ideias da Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, vol 23, Coimbra, 2002.

[187] GIL, *op. cit.,*. p. 17.

Assim, a verdade desprender-se-ia da evidência, relativizando-a, submetendo-a a exigências ou critérios[188]. Haveria na evidência:

> [...] um excesso epistémico, entendendo-se por este termo a posição do sujeito face ao conhecimento. Evidência significa agora presentificação do sentido e da verdade como autossuficientes e autoposicionando-se, como sugere a expressão *index sui*. Uma verdade índice de si mesma é excessiva por natureza. (...) A evidência é uma alucinação em sentido quase estrito, ... a verdade evidente é vista com os olhos da mente, e não se pode dizer de outro modo. E a evidência contagia a verdade na medida em que o desprendimento da evidência que falava há um instante nunca pode ser completo – tal significaria que o sujeito deixaria de ser sujeito, que a primeira pessoa se transformaria na terceira pessoa. (...) Nisto tudo, onde está a verdade? Ela obtém-se, dissemo-lo há pouco, mediante operadores e *constrangimentos*, impostos a uma evidência por essência devoradora. "[189]

Assim, poder-se-ia falar numa "verdade da evidência" e numa "verdade da prova", sendo a primeira alheia à ideia de processo, porque não remete a dispositivos exteriores de avaliação, pondo-se por si mesma. A "verdade da prova" desempenha um efeito de correção sobre o caráter alucinatório (ou expansivo) inerente à evidência, submetendo a uma espécie de "processamento".[190]

A psicologia cognitiva dá suas explicações para o que seria o caráter alucinatório da evidência e, porque se mostraria necessário um dispositivo exterior (e posterior) de correção. De modo muito resumido, mesmo porque logo se retomará esse assunto (item I.4.2), pode-se dizer que o ser humano é uma verdadeira máquina de tirar conclusões precipitadas, eis que dotado de um modo de pensar automático[191], não controlado e muito influenciado pelas experiências anteriores; referido modo de pensar, não obstante, muito útil e eficiente em diversas situações, apresenta um elevado risco de levar a uma ilusão cognitiva[192],

---

[188] GIL,*op. cit.,* p. 19.
[189] GIL, *op.cit.,* p. 19-21.
[190] GIL, *op. cit,*. p. 21
[191] Chamado por Daniel Kahneman de sistema 1, rápido ou intuitivo. KAHNEMAN, Daniel. **Thinking, fast and slow**. New York. 2013.
[192] Aqui se ousa afirmar que a expressão (*cognitive illusions*) pode ser utilizada para designar o mesmo fenômeno há pouco rotulado como «alucinação derivada da evidência» ou como «expansão da evidência». "The term "cognitive illusion" has evolved in analogy to the better known domain of "optical illusions" (see Roediger, 1996). The first and main feature of a phenomenon to count as an illusion thus is that it leads to a perception, judgment, or memory that reliably deviates from "reality". (...) As a second criterion, the observed phenomenon needs to deviate from the normative standard in a systematic fashion (i.e., in a predictable direction) rather than just randomly. (...) A third aspect of cognitive illusions is that they appear involuntarily, that is, without specific instructions or deliberate will. They just happen. (...) As a consequence, and this constitutes the fourth cornerstone of the proposed definition, an illusion is hard if not impossible to avoid. While this is probably true for all optical illusions, the criterion is much weaker for cognitive ones. (...) "And finally, as the fifth point to consider and to distinguish cognitive illusions from other forms of typical errors, misunderstandings, or faulty memories, illusions often appear as rather distinct from the normal course of information processing. An illusion somehow "sticks out" as something special that "piques our curiosity" (as Roediger, 1996, put it) and thus attracts researchers to explain this unexpected but robust finding. In other words, ordinary forms of forgetting

notadamente perante questões complexas e/ou decisões em um ambiente de incerteza[193].

Isso explica por que o julgador deve, recusando o óbvio, o evidente, encarar a valoração da prova como «resolução de problemas» (*problem solving*), na acepção do termo empregada pela Psicologia cognitiva[194].

Segundo Goel[195], a resolução de problemas envolve as seguintes condições:

"(1) Há duas situações; [196]

(2) O "agente" está em uma situação e deseja estar na outra;[197]

(leading to omission errors), drawing schema-based inferences (leading to commission errors), or deviations resulting from simple misunderstandings would not be considered "illusions." Roediger and McDermott (2000) accordingly described such phenomena as "distortions". POHL, Rüdiger F..Cognitive illusions. In: POHL, Rüdiger F (org.). **Cognitive Illusions:** intringuing phenomena in thinking, judglente and memory. New York, 2017, p. 3-5.

[193] TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. Biases in judgments reveal some heuristics of thinking under uncertainty. **Science**, New Series, Vol. 185, No. 4157, sep. 27, 1974, p. 1124-1131.

[194] A Psicologia cognitiva distingue as espécies de pensamento: a «tomada de decisão», que corresponderia ao pensamento voltado a escolher entre duas ou mais alternativas no curso de uma determinada ação; a «solução de problema», que consistiria no esforço mental voltado a construir (ou achar) uma determinada saída para um dado problema; e a criatividade, o pensamento que resulta na produção de ideias inovadoras e profícuas. Isso não quer dizer, todavia, que são formas estanques ou excludentes de pensar, muito ao contrário. Como explica Donald Taylor, cada uma dessas categorias envolve uma variedade de processos de pensamento, que são fundamentais tanto na tomada de decisão, na solução de problemas como no pensamento criativo, de sorte que a distinção mencionada tem mais a ver com o tipo de resultado que alcançam e muito menos com os processos mentais envolvidos. Daí porque pode haver decisões complexas que reclamem superar diversos problemas a ela subjacentes; a solução de um dado problema, depois de devidamente estabelecido, após devidamente processadas as informações, pode exigir uma decisão sobre, p. ex., um caminho a seguir; a solução de problemas, normalmente envolve um exercício de criatividade. *In verbis*: "Reference is often made to "the problem-solving process," "the decision-making process," or "the creative process." These terms would appear to suggest that problem solving, decision making, and creative thinking each involve a single process. They may also be taken to imply that problem solving can be clearly distinguished from decision making, or creative thinking from either of the former, in terms of the processes involved. Indeed, the view is sometimes taken explicitly that, for example, creativity should be defined in terms of some unique process (Stein, 1956). Present evidence would appear to suggest that, on the contrary, each involves a variety of processes. Moreover, it appears that the processes important in problem solving are also often important in decision making or creative thinking (Guilfors, 1960; Taylor, 1960a). Distinctions among these activities may best be made not in terms of process but in terms of product: Creativity is that thinking which results in the production of ideas (or other products) that are both novel and worth while (Taylor, 1960a). Similarly, decision making is that thinking which results in the choice among alternative courses of action; problem solving is that thinking which results in the solution of problems. From this point of view, problem solving, decision making, and creativity are all to be regarded as kinds of thinking. The question of the degree to which these and other kinds of thinking involve the same or different processes is a question to be answered not by definition but by empirical investigation. What is needed eventually is a general theory of thinking. The task, however, of constructing such a theory is a very complex one. Moreover, difficulties encountered in attempts to construct general theories in other areas of psychology have led in recent years to the use of miniature theories or models (Marx, 1963). Hence, nothing said thus far should be taken to question the desirability of the use of more limited theories in the study of thinking. Indeed, at this time the optimal strategy may well be to attempt construction not of a general theory of thinking, but of more limited theories of particular kinds of thinking for example, of a theory of problem solving, or even perhaps of a theory of the problem solving (or would it be decision making?) involved in playing chess (Tay-lor, 1963). TAYLOR, Donald W. Decision making and problem solving. In: MARCH, James G. (org.). **Handbook of organizations.** New York: Routledge, 2013, p. 49-50.

[195] GOEL, *op. cit.*, p. 613.

[196] a) o julgador está diante de um conjunto mais ou menos complexo de informações (provas e argumentos) e b) tem que definir se esse conjunto de informações autorizam admitir uma dada hipótese como (se fosse) verdadeira.

(3) Não está *evidente* como a distância entre as duas situações pode ser resolvida[198];
e (4) A ponte entre as duas situações *deve* ser guiada *conscientemente* por meio de um *processo de muitas etapas*." (grifou-se).

É claro que o julgador, após o contato com a primeira alegação e com a primeira evidência, poderá formar uma forte crença[199] sobre a realidade histórica que se pretende reconstruir; isso, aliás, parece ser a regra, ante à inevitabilidade do pensamento inconsciente. Mas o que a ordem jurídica parece ter estabelecido, como decorrência do direito à prova e da necessidade de uma reconstrução dos fatos segura, fortemente conectada com o ideal de verdade, é que o julgador *problematize*, constrangendo a evidência com base nos critérios fixados pelo próprio ordenamento (critérios estes que serão explorados no capítulo seguinte e que formam o próprio sistema de valoração da prova judicial brasileiro).

Quando o julgador simplesmente aceita como provado aquilo que lhe pareceu evidente, o faz não porque, no caso concreto, não havia um problema, mas porque sequer conseguiu identificar aquele que a ordem jurídica colocou nas suas mãos[200]. Quando isso ocorre, o Sistema restou violado[201], não pelo resultado atingido, que pode até estar apoiado na prova produzida[202], mas porque o que deve resultar da valoração como se fosse a verdade não é a impressão, a sensação, a crença sobre a realidade que ficou no passado e que

---

[197] Afinal, o julgador precisa desincumbir-se de sua missão, cumprir seu dever de ofício.

[198] Até aqui se tem a definição de "problema" para da Psicologia. Confira-se, p. ex. Goldstein: "A problem occurs when there is an obstacle between a present state and a goal and it is not immediately obvious how to get around the obstacle … Thus, a problem, as defined by psychologists, is difficult, and the solution is not immediately obvious." GOLDSTEIN, E. Bruce. **Cognitive Psychology:** connecting mind, research, and everyday experience. Wadsworth: Cengage Learning, 2011, p. 329.

[199] "As crenças, como se viu, podem ser definidas como estados intencionais em que alguém está disposto a agir como se fosse real determinado estado de coisas que, àquele que experimenta a crença, é apenas representado. Em outras palavras, quando alguém crê em determinado fato, este alguém está disposto a praticar diversas ações marcadas pela característica comum de tomarem como real a mera representação interna ou mental de um estado de coisas." GUERRA, Marcelo. **Prova Judicial:** Uma Introdução. Fortaleza: Boulesis Editora, 2015, p. 26-27.

[200] "The problem solving cycle includes: problem identification, problem definition, strategy formulation, organization of information, allocation of resources, monitoring, and evaluation (…) Sometimes we don't recognize an important problem that confronts us." (STERNBERG. Robert J.; STERNBERG, Karin. **Cognitive Psychology.** Wadsworth: Cengage Learning, 2012, p. 445-446). Para Eysenck (et. al.), a resolução de problemas é a "atividade cognitiva que envolve *desde o reconhecimento de que há um problema* até sua solução, passando por várias etapas". (EYSENCK, Michael W; Keane, Mark T. **Manual de psicologia cognitiva**. trad: Luís Fernando Marques Dorvillé, Sandra Maria Mallmann da Rosa. Porto Alegre: Artmed, 2017, p. 500). Aliás, a identificação/compreensão do problema é etapa importantíssima, tanto que a Psicologia cognitiva já demonstrou que os especialistas terminam gastando mais tempo (que os não especialistas) tentando entender o problema, ao invés de tentar logo resolvê-lo, o que aliás, é um dos fatores que levam à sua maior eficiência. (GOLDSTEIN, *op.cit*, p. 346.). Daí que não pode confundir-se a não compreensão do problema com a não existência do problema.

[201] É certo que na maioria das vezes isso não vai se converter uma questão que precisa ser superada, justamente porque não será conhecida por nenhum dos protagonistas do processo ou seus controladores (vide I.1.6. *a*).

[202] Aliás, o pensamento intuitivo por vezes apresenta muita eficiência, até em níveis de acurácia semelhantes ao pensamento analítico.

automaticamente o julgador alcançou, mas algo construído analítica e dialeticamente[203].

Isso não significa que o julgador deve simplesmente deletar da sua mente suas impressões; claro que não, tanto porque isso parece impossível, como porque elas podem ser úteis na maioria dos casos [204]. O que se exige é que se dê ensejo a uma espécie de diligênciamental(um esforço de concentração[205]) voltada a verificar a presença dos critérios fixados para o resultado probatório, ou seja, para constranger e retificar essa evidência.

Assim, não havendo mesmo como admitir que o sistema de valoração da prova confie na experiência puramente sensorial do julgador, que simplesmente saberia – sem saber como soube[206]– o exato significado da prova, mera evidência sensorial[207], pode-se dizer que a

---

[203] Flávio Andrade vê a construção da resposta judicial como um todo perpassando também por essa ideia de solução de problemas (no sentido que lhe dá a psicologia): "A atenção, primeiramente, será voltada para o tema da resolução de problemas, para o processamento de ideias direcionado a alcançar uma solução que não está disponível. E, aqui, vale consignar que não se enquadra no conceito de problema aquela situação em que se revela óbvia a solução (...) no processo de solução de um problema, o primeiro passo é representar o quebra-cabeça, isto é, interpretar ou definir o problema que deve ser resolvido. A representação do problema consiste em bem defini-lo e categorizá-lo, buscando conhecer os aspectos que o caracterizam ... se o problema não é bem compreendido ou se está mal definido, é muito mais difícil encontrar a solução. Assim, nessa tarefa, o ser humano parte de um estado inicial e objetivo buscando encontrar o caminho que levará à resolução do desafio ou charada. Ao procurar esse caminho, somos muito influenciados não apenas pelo problema que se nos apresenta, mas também pelo modo como entendemos o problema.". ANDRADE, Flávio da Silva. A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 507-540, jan./abr. 2019.

[204] "Diferentemente de vários outros atos do cotidiano, o ato decisório a ser proferido num processo judicial deve ser precedido de muito raciocínio e de ponderação, avaliando-se as provas e os argumentos apresentados em contraditório, pensando-se nos efeitos e consequências que advirão às partes e à sociedade. Se o juiz optar por decidir seguindo apenas sua intuição, guiando-se só por seus sentimentos, "a lide degenera em loteria", como alertou Jean Cruet, pois a discricionariedade e o subjetivismo tornam imprevisível o resultado, que é ditado conforme o arbítrio e a conveniência do juiz.". (ANDRADE*, op. cit.,*p. 532). Ou seja, o Sistema impõe é um freio, uma recusa do julgador ao seu tirocínio, às suas primeiras impressões ou ao conhecido "já sei como as coisas se deram, dou por visto". Registre-se que não se menospreza a criatividade, os *insigths*, do julgador, o que se defende, insista-se, é que a evidência não submetida ao constrangimento, expandida via intuição, não é suficiente para satisfazer a exigência da Prova, que reclama um percurso metodológico rígido, voltado a verificar o cumprimento de todos os critérios de verdade que estabelece. Ou seja, o Sistema impõe é um freio, uma recusa do julgador ao óbvio, às suas primeiras impressões ou ao velho "já sei como as coisas se deram, dou por visto".

[205] Para Damásio, a consciência se apresenta em graus e essa gradação decorre da interação entre o tipo de material presente na mente e a atenção que lhe dedicamos. A atenção é que ajuda a gerir esse material, ou seja, essas representações ou imagens produzidas pela mente. DAMÁSIO, Antônio. **Sentir y saber:** el caminho de la consciência. trad. Joandomènec Ros Barcelona: Ediciones Destino, 2021, p.159/160. Hastie e Dawes defendem que a tomada de decisões (*decision making*), é uma habilidade que, assim como as demais habilidades cognitivas, pode ser tanto desenvolvida como ensinada e propõem uma série de estratégias para melhorar essa habilidade. HASTIE, Redie; DAWES, Robyn M. **Rational Choice in an uncertain world:** The psychology of judgment and decision making. Los Angeles: Sage. 2010.

[206] Pode-se citar, como exemplo, a existência de estudos empíricos que desmitificam a ideia de que as pessoas em geral (e os jurados em particular) simplesmente teriam a habilidade de aferir adequadamente a credibilidade uma testemunha. Nesse sentido: "Finally, mounting empirical data from psychological studies suggest that lay persons such as jurors inadequately evaluate the testimony of others."' These psychological studies, in effect, suggest that common sense is a myth." (FRIEDLAND. Steven I. On common sense and the evaluation of witness credibility. In Case Western Reserve Law Review, Vol. 40, Issue 1, p. 165-226. 1990. p. 167).

[207] Para Gascón, isso corresponderia à ultrapassada concepção canônica de prova, que incorpora a ideia de que a prova (direta) seria uma forma exclusivamente empírica de se verificar fatos; o juiz, mediante o exame da prova simplesmente enxergaria o fato do passado sem a necessidade de qualquer tipo de raciocínio. Tal concepção,

valoração da prova é *a atividade intelectual consciente, marcada pelo respeito a uma determinada pauta de racionalidade, voltada à extração do significado da prova incorporada ao processo*.

2.3.2 A valoração da prova enquanto momento probatório: um conceito cronológico ou formal

Embora não esteja errado identificar a valoração da prova com essa operação (preponderantemente) intelectual[208;], que pode ser protagonizada por qualquer sujeito processual – mesmo antes do início do processo, quando p. ex. o advogado analisa a (futura) prova, com vistas a projetar eventual acolhimento da pretensão de seu cliente, ou até após seu fim, por um *outsider*, p. ex., com vistas a formatar uma crítica sobre o acerto ou erro da decisão –, não se usará a expressão com esse sentido mais largo, mas entendida como a

---

registra, não dá conta do fenômeno probatório, que sempre reclamará um raciocínio indutivo para que um elemento empírico seja visto como prova de uma afirmação sobre um fato do passado. (GASCÓN, Marina. Los hechos en el derecho. Barcelona: Marcial Pons. 2010. p. 80 e ss.)

[208] "On such occasions to value means to weigh, appraise, estimate: to *evaluate* - a distinctly intellectual operation. Reasons and grounds one way and the other have to be sought for and formulated". (DEWEY, John. Logic: The Theory of Inquiry. New York: Henry Holt.1938. p. 174). Assim, Jordi Nieva Fenoll: "non esa finalidad, cabe definir la valoración de la prueba como la actividad de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso. Y quede claro que en esa percepción queda incluido, como actividades conjuntas, tanto la extracción de esos resultados como el juicio racional del juez sobre dicha percepción, que es consustancial a la misma, y que es lo que tradicionalmente se ha definido como valoración de la prueba." (NIEVA FENOLL, Jordi, La valoración de la prueba, Madrid. Marcial Pons. 2010. p. 34). Jordi Férrer: "La operación consistente en juzgar el apoyo empírico que un conjunto de elementos de juicio aporta a una hipótesis …" (FERRER BELTRÁN, Jordi. La valoración racional de la prueba. Madrid. 2008. p. 45).

Marina Gascón Abellan: "He sostenido aquí, manejando un concepto amplio de valoración, que valorar racionalmente la prueba consiste en evaluar cuál es el grado de probabilidad o de confirmación que las pruebas disponibles atribuyen a una hipótesis sobre hechos controvertidos y en decidir si ese grado de probabilidad o de apoyo es suficiente para aceptarla como verdadera." (GASCÓN ABELLÁN, Marina, Cuestiones probatorias. Kindle Edition.) Luis Jaramillo: "valoración … consiste en asignarle a cada medio de prueba el valor que le corresponde, como también el de definir el valor del conjunto probatorio. … Con respecto al conjunto probatorio debe analizarse si los diversos medios de prueba son concurrentes, o están en colisión …" (JARAMILLO, Luis Bernardo Ruiz. El derecho constitucional a la prueba e su configuración en el Código General del Proceso colombiano. Tese de Doutorado apresentada junto a Universitat Rovira I Virgili. 2017. p. 342). José Navarro Bonet: "La valoración – o apreciación – de la prueba es la *operación intelectual* realizada por el juez con la que se determinará la eficacia de los medios de prueba practicados para la fijación de los datos fácticos mediante, según los casos, la convicción judicial o la constatación de los presupuestos legalmente previstos" (NAVARRO, José Bonet. La Prueba em el Proceso civil. ... p. 237) e "Se trata de uma actividad (de gran relevancia práctica para las partes puesto que, al margen de la prueba de oficio, através de la misma se determinará si sus esfuerzos probatorios han logrado el objetivo de fijación del material fáctico base para la aplicación del derecho y, de ese modo, lograr en definitiva una decisión judicial estimatoria de su pretensión" (p. 238) Gustavo Badaró: "... verificar se a hipótese posta em julgamento com a formulação da acusação foi ou não provada. ... julgar o apoio empírico que o conjunto de provas dá a uma hipótese fática, de acordo com critérios gerais de lógica e racionalidade." (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e Prova Penal**. São Paulo: 2019, p. 200) e "verificação de qual hipótese fática encontra maior suporte na prova produzida ..." BADARÓ, Gustavo. A inferência probatória e a justificação do juízo de fato no processo penal. In: MALAN, Diogo et al (orgs.). **Processo Penal Humanista**. Escritos em homenagem a Antonio Magalhães Gomes Filho. Belo Horizonte. 2019. p 72.

atividade realizada no âmbito do processo, que poderá culminar com a elevação da hipótese em disputa à condição de pressuposto fático da norma de direito material; ou seja, a valoração da prova, para nós, deverá ser entendida como a valoração da prova institucionalizada.

Ademais, pode-se dar ao termo "valoração da prova" um sentido ainda mais estreito, utilizando-o para indicar aquela fase, etapa ou momento processual, que se inicia com a aposição do "conclusos para sentença"[209].

Apesar de o legislador não ter expressamente lhe conferido esse status de fase processual, parte da doutrina já reconhece a valoração da prova como uma fase ou momento probatório[210]. A não adesão da maioria é perfeitamente compatível com o vácuo deixado pela polarização do debate sobre a prova e sobre sua finalidade[211].

Assim, ainda que não se considere errado afirmar que a valoração da prova já se realiza no âmbito da sua incorporação – que, p. ex., o julgador valora a prova documental aportada pelo autor, antes mesmo de ouvir o réu, para deferir uma determinada medida liminar, ou que o juiz já valora a prova testemunhal durante a condução do ato voltado à tomada de suas declarações –, reconhece-se aqui, como configuradora de um avanço, a ideia de valoração como sendo o momento probatório que comporta uma atividade complexa e, muitas vezes, demorada, dirigida a (re)examinar e sopesar cada uma das provas que findaram incorporadas ao processo, assim como o seu conjunto, mesmo que a valoração da prova, nesse sentido ainda mais estreito, não tenha sido considerada pelo ordenamento como essencial em todos os processos, já que o "conclusos para sentença"[212] é dispensado nas hipóteses em que

---

[209] Jordi Férrer, ilustra bem aquilo que para ele configura uma etapa ou momento processual: ela começa quando se fazem os autos conclusos para julgamento. (FERRER BELTRÁN, *op. cit.,* p. 45).

[210] Ovídio Baptista: "Costumam os escritores dividir o procedimento probatório em três momentos fundamentais: aquele em que é proposta a prova, ou seja, postulada pela parte ...; o momento de sua admissão pelo juiz, em que este a defere; e finalmente o de sua produção... Se considerarmos, neste particular, o conceito de prova como o procedimento, ou a atividade da parte tendente a produzi-la na causa, fornecendo ao juiz os elementos formadores de sua convicção, poderemos considera encerrado o ciclo probatório a partir do momento em que a mesma for produzida, vale dizer, incorporada ao processo, seja no caso da prova documental, pela juntada aos autos do respectivo documento, ou pela inclusão do laudo pericial, ou pela tomada do depoimento da testemunha, se tais forem as espécies de prova que se pretenda produzir. Entretanto, considerando o conceito de prova no outro sentido por nós indicado, segundo o qual considera-se a prova não como atividade, ou procedimento visando a produzi-la, mas sob o ângulo do resultado de toda essa atividade probatória, na medida em que sua realização haja produzido no julgador a convicção de veracidade do fato *probando*, *então teremos que admitir que o ciclo probatório carece ainda de um momento subsequente ao de sua produção, que é justamente o momento da avaliação da prova pelo juiz*". SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil:** processo de conhecimento; volume I. São Paulo, 1998, p. 347 – 348.

[211] Isso fica bem visível na lição de Roxin, onde o capítulo destinado à prova é intitulado "A aquisição da prova, em especial o direito probatório. Quando trata do procedimento, passa, da sessão de julgamento, para a sentença. (ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal.** Trad. esp. Grabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor, Buenos Aires, 2000). No Brasil, aquela que parece ser a obra mais completa sobre prova trata a valoração – o raciocínio probatório – dentro do Capítulo "a motivação". MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015.

[212] CPC-Art. 364 - Finda a instrução, o juiz dará a palavra ao advogado do autor e do réu, bem como ao membro

as provas e suas respectivas questões apresentarem com um baixo nível de complexidade[213].

Nesses casos, porque a lei expressamente permite, a avaliação feita no momento da incorporação da prova pode respaldar a decisão que reconhece a (in)existência de suporte que autorize admitir ou rejeitar a hipótese em disputa. Todavia, existindo um grande volume de dados e informações, uma diversidade de provas incorporadas, uma multiplicidade de questões de fato, uma decisão imediatarepresentaria: *i*) a ausência de uma valoração adequada e/ou *ii*) uma decisão tomada previamente, antes do exame de toda a prova e de todos os argumentos das partes.

Deve-se entender, daí, que o direito fundamental à prova afasta a ideia de que o juiz teria a faculdade de simplificar o debate final e, consequentemente, a análise e significação de cada uma e do conjunto de provas. Configurada essa situação de maior complexidade, deverá assegurar às partes uma análise mais detida de toda a prova e uma manifestação fruto de uma maior reflexão e, consequentemente, deve valorar a prova de modo compatível com a profundidade do debate.

De toda forma, como se está tratando de uma atividade voltada a dar concretude a um direito fundamental — o direito à prova —, parece certo que este pode ser contemplado em graus, de sorte que o Sistema poderia comportar várias espécies de valoração, com maior ou menor qualidade, a depender do valor do bem em disputa e/ou da complexidade da questão a ser dirimida.

Assim, aceitar uma valoração da prova sem essa individualidade cronológica, em processos de menor complexidade, que encerram disputas sobre bens de pequeno valor, ou naqueles submetidos a um rito especial, não implica aderir à ideia de que, na generalidade dos casos, a valoração não deva se submeter a determinados critérios, dentre os quais o da necessidade de certo tempo ou de um momento próprio.

Quanto à valoração da prova pelo Tribunal do Júri, que, no Brasil, se dá de forma

---

do Ministério Público, se for o caso de sua intervenção, sucessivamente, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por 10 (dez) minutos, a critério do juiz. (...) §2º - Quando a causa apresentar *questões complexas de fato* ou de direito, o debate oral poderá ser substituído por razões finais escritas, que serão apresentadas pelo autor e pelo réu, bem como pelo Ministério Público, se for o caso de sua intervenção, em prazos sucessivos de 15 (quinze) dias, assegurada vista dos autos. (...) Art. 366 - Encerrado o debate ou oferecidas as razões finais, o juiz proferirá sentença em audiência ou no prazo de 30 (trinta) dias.

CPP - Art. 403. Não havendo requerimento de diligências, ou sendo indeferido, serão oferecidas alegações finais orais por 20 (vinte) minutos, respectivamente, pela acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, a seguir, sentença. (...)

§3º O juiz poderá, considerada a complexidade do caso ou o número de acusados, conceder às partes o prazo de 5 (cinco) dias sucessivamente para a apresentação de memoriais. Nesse caso, terá o prazo de 10 (dez) dias para proferir a sentença.

[213] Processo sumário, juizados especiais, no próprio processo comum etc.

demasiado simplificada — mediante respostas — sim/não — a um questionário apresentado aos jurados logo após os debates orais[214]— esta deve ser encarada *i*) ou como uma exceção à necessidade da adequação entre o nível de complexidade das questões probatórias e da valoração e, portanto, como uma relativização do próprio direito à adequada valoração da prova, o que se daria em nome de uma suposta maior legitimidade advinda da natureza do órgão julgador — colegiado formado pelos próprios pares —, *ii*) ou mesmo como uma violação ao direito à adequada valoração da prova.

Assim é porque passaremos a encarar a valoração como uma fase probatória, que recebe um determinado *input* de uma fase anterior e entrega, à seguinte, um determinado resultado e que é merecedora de uma particular juridicização, ensejadora de um verdadeiro sistema normativo.

Ademais, os progressos certamente obtidos com esse tratamento mais particularizado — voltado ao desenho do que seria uma valoração da prova adequada ao sistema processual brasileiro, capaz de otimizar o direito à prova — certamente poderão ser aproveitados para um aperfeiçoamento da operação do que seria uma valoração simplificada (desmerecedora dessa individualidade cronológica).

2.3.3 A valoração da prova enquanto (ato de) conhecimento: um conceito lógico ou material

Há que se reconhecer, ademais, que a valoração da prova, quer adquira o *status* de fase processual, quer seja vista apenas como a operação intelectual que antecede (ou mesmo engloba) a decisão sobre a admissão da hipótese disputada, deve ser considerada como autêntico «ato de conhecimento», no exato sentido que é conferido pela Epistemologia.

O termo conhecimento é utilizado em duas acepções distintas, porém relacionadas: *i*) conhecimento, como *cognição*, como ato de conhecer[215]; e *ii*) conhecimento, como uma espécie de saber produzido e/ou acumulado[216].

A manifesta relação entre as duas acepções — já que a acumulação dos saberes se dá (normalmente) como resultado de um ato de conhecimento, que, por sua vez, se opera como

---

[214] Nos países de Common Law e, na maioria dos europeus, o júri delibera, debate entre si, tem o seu tempo para definir o resultado da atividade probatória. NARDELLI, Marcella Mascarenhas. **A prova no tribunal do júri.** Uma abordagem racionalista. Rio de Janeiro, 2019, p. 500.

[215] Hessen faz uso do termo nesse sentido: "o fenômeno do conhecimento confina com a esfera psicológica, pela imagem com a esfera lógica; pelo objeto, com a ontológica ..." HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**. Trad. João V. G. Cuter. São Paulo: Marfins Fontes, 2003, p. 24.

[216] Gaston Bachelard, p. ex., utiliza o termo neste sentido, *in verbis*: "O conhecimento adquirido pelo esforço científico pode declinar ..." BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico.** Contribuição para uma psicanálise do conhecimento. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996, p. 18.

base em saberes anteriormente acumulados — permite um conceito ajustável a ambas[217].

Conhecimento pode ser compreendido, assim, como a apreensão de algo por alguém, pressupondo, pois: a presença de um sujeito e um objeto, que suscita sua atenção compreensiva, o uso de instrumentos de apreensão e uma atuação de um "debruçar-se sobre", da qual brota uma representação do conhecido — que já não é mais o objeto, mas uma construção feita pelo sujeito[218].

Registre-se esse conceito tem elementos de duas grandes correntes epistemológicas — o Empirismo[219] e Racionalismo —, constituindo uma síntese que representa melhor o fenômeno do conhecimento, e, como se verá, parece adequar-se ao nosso ordenamento jurídico processual.[220]

Do empirismo, a ordem jurídica assume a ideia de que há, sim, o mundo real, cognoscível, que limita a liberdade do sujeito enquanto ser pensante no mundo, que não pode dizer (e crer em) qualquer coisa sobre qualquer coisa. Aliás, essa adesão ao empirismo parece consequência natural da ideia de que o ordenamento quer, em última análise, conformar a realidade, e da própria noção de prova como evidência, como algo do mundo exterior, real, captável pelos sentidos, que funcionará como partida para o pensamento reflexivo voltado à concepção (meio descritiva, meio criativa) do conhecimento enquanto produto.

Do racionalismo, a devida atenção ao sujeito cognoscente, que, longe de configurar o mero receptor passivo de informações, desempenha papel essencial, cognitivamente ativo, *responsável* pela boa qualidade do seu resultado[221], o que lhe exige atenção, esforço, tempo,

---

[217] Outrossim, se se preocupa de alguma forma com a qualidade do conhecimento produzido, pode-se adiantar que os saberes produzidos serão mais ou menos seguros/confiáveis a depender justamente da abordagem cognitiva da qual derivem.

[218] Nesse sentido: FRANÇA, V. R. V. Teoria(s) da Comunicação: busca de identidade e de caminhos. **Revista Esc.** Biblioteconomia UFMG, 23, p. 140.

[219] "A principal característica do empirismo, desde a forma mais radical representada pelo positivismo de Augusto Comte (1798-1857) e seus seguidores até a forma mais moderada do empirismo lógico do Círculo de Viena, consiste na suposição de que o conhecimento nasce do objeto. Ao sujeito caberia desempenhar o papel de uma câmara fotográfica: registrar e descrever o objeto tal como ele é. O vetor epistemológico, para o empirismo, vai do real (objeto) para o racional (sujeito). O objeto é transparente: apresenta-se ao sujeito como é na realidade. A este último basta estar convenientemente preparado para captar o objeto em sua essência; basta-lhe, em outras palavras, saber ver. O momento do conhecimento é, pois, o da constatação, do contato do sujeito com o objeto ... a preocupação fundamental do empirismo, em qualquer de suas correntes, consiste em reduzir todo o conteúdo do conhecimento a determinações observáveis." MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A Ciência do Direito:** Conceito, Objeto, Método, 2001, p. 13.

[220] Gaston Bachelard ilustra o que seriam as concepções extremas, às quais se refere como debilitadas, com o seguinte gráfico:

Idealismo puro « Convencionalismo « Formalismo « Racionalismo aplicado »..... .....« Materialismo técnico » Positivismo » Empirismo » Realismo ingênuo. BACHELARD, Gaston. **A epistemologia**. Tradução: Fátima Lourenço Godinho e Mário Carmino Oliveira, Lisboa, 2006, p. 122.

[221] A ideia de responsabilidade, moral inerente à vida em sociedade, projeta-se, por óbvio, sobre os atos dos agentes públicos. Um "deixar-se capturar pela realidade ou pela persuasão" teria dificuldade para legitimar-se

método, tecnologia[222].

A valoração da prova, como ato de conhecimento inserido num projeto que tem uma finalidade específica, termina por reclamar uma abordagem pragmática[223], como aquela propiciada pela chamada epistemologia falibilista[224], não porque a tomamos como a melhor concepção do fenômeno, mas sobretudo porque é a mais adequada à finalidade da prova judicial (I.2.1).

É que o falibilismo, assim como nossa ordem jurídica, rejeita o argumento cético "paralisante", justamente porque não apresenta bom custo-benefício: aliás, aderir-lhe em seu extremo implicaria num altíssimo custo com benefício zero, já que isso redundaria na interrupção de todo o qualquer projeto de toda e qualquer natureza. É que, como todo conhecimento se insere num projeto, tem um «para que», deve necessariamente apresentar um prognóstico de uma boa relação custo-benefício[225].

Daí que, se esse projeto em que se insere a prova judicial volta-se a modificar, ou manter, (um)a realidade empírica, porque alterada, ou ameaçada, por (uma) outra realidade empírica, e não se pode simplesmente acessá-las de maneira direta, imperioso admitir a necessidade de uma espécie de substituto, que possa operar como se fosse essa realidade ou a

---

em uma ordem democrática. Nesse sentido, Luís Greco defende a impossibilidade do que chamou de juiz robô. Se se considera que o conhecimento redundará na restrição de bens/liberdade de alguém, emergiria a necessidade de individualização do agente responsável pela supressão de direito provocada em seu nome do Estado. GRECO, Luís. **Poder de julgar sem responsabilidade de julgador: a impossibilidade jurídica do juiz-robô.** São Paulo: Marcial Pons. p. 43 e ss.

[222] Admitir que o sujeito pode assumir uma postura cognitivamente passiva, contentando-se com o evidente, com o intuitivo, implicaria em admitir os extremos das duas concepções, que, por serem completamente antagônicos, são absolutamente inconciliáveis: a) um realismo ingênuo – o sujeito capta sem alterar o objeto -; e b) um idealismo puro, que tudo relativiza, não havendo como *A* controlar o ato de conhecimento operado por *B*, porque nada existiria fora das ideias de *A* e de *B* capaz de mediá-las/conciliá-las.

[223]Para Rescher, a passagem da subjetividade para um fato objetivo e independente da pessoa nunca é automática. A justificação epistemologicamente apropriada de reivindicações objetivas exigiria um recurso à argumentação pragmática, donde decorre uma perspectiva ineliminável de erro, o que, todavia, não precisa ser um obstáculo para reivindicar a adequação – ou mesmo a verdade – das reivindicações de conhecimento objetivo. RESCHER, Nicholas. Epistemology. An introduction to the theory of knowledge. Albany State, 2003, p. 61.

[224] Não se refere aqui a um falibilismo radical ou robusto, que, segundo Daniel Lagier, equivaleria a um dogmatismo. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. **Qué es el "fundherentismo" y qué puede aportar a la teoría de la prueba en el Derecho.** Disponível em https://alicante.academia.edu/DanielGonzalezLagier. p. 4.

[225] Para Rescher, desenvolver um "conhecimento de ordem superior", sobre nosso próprio conhecimento (meta-conhecimento), é uma das principais tarefas da Epistemologia e *uma de suas principais lições é a falibilidade*. Haveria, assim, uma grande variedade de respostas possíveis a essa visão da situação cognitiva. Mas, *ao equilibrar custos e benefícios, emerge que um falibilismo que vê nossas afirmações de conhecimento à luz das melhores estimativas disponíveis é, em si mesmo, nossa melhor opção disponível*. O falibilismo significaria, assim, que nosso melhor conhecimento (o científico) não é mais (mas também não é menos) do que nossa melhor estimativa da verdade. (RESCHER, Nicholas. **Epistemology.** An introduction to the theory of knowledge. Albany State, 2003, p. 15). Machado Segundo defende que a Epistemologia Falibilista se mostra adequada à abordagem do Direito, sobretudo aos problemas relativos à prova judicial. MACHADO SEGUNDO, Hugo B. Epistemologia falibilista e teoria do direito. **RIDB - Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, ano 3, nº 1, p. 197 – 260. 2014. p. 248 e ss.

verdade histórica; e esse substituto nada mais é que *conhecimento produzido*. O resultado da prova e da valoração da prova, assim, pode ser compreendido como conhecimento proposicional[226].

A epistemologia (falibilista), assim,teria a aptidão para contribuir com a construção do critério de verdade[227]inerenteao subsistema de valoração da prova, contribuindo para definir aquilo que, numa determinada situação, funcionaria bem no lugar da inacessível realidade, equivalendo ao melhor conhecimento que, nas circunstâncias, deveria ser produzido; umconhecimento (proposicional) que aspira à condição de verdadeiro, mas que, ao mesmo tempo, carrega a possibilidade de estar errado. [228]

Enfim, pode-se dizer que a *valoração da prova é o conhecimento, pelo julgador, da prova incorporada ao processo, com vistas a verificar se preenche os critérios que autorizam a admissão da hipótese em disputa como (se) verdadeira (fosse).*

Essa concepção, ademais, termina por fornecer um guia para a disciplina da valoração da prova, já que evidencia seus três eixos centrais: a) o sujeito cognoscente – quem, que requisitos deve preencher, que postura deve assumir, que habilidades tem que desenvolver, que competências tem que adquirir; b) o objeto cognoscível – que condições deveria preencher ou o que poderia/deveria ser o objeto dessa particular cognição, quais atributos devem ser valorados; c) a relação entre sujeito e o objeto – que caminho (ou com base em que saberes/tecnologias) se deve percorrer entre a experiência sensorial e *a admissão, ou rejeição,*

---

[226] Diego Dei Vecchi se opõe à ideia de (valoração da) prova como conhecimento. Para ele, "se ha intentado demostrar aquí que una correcta descripción de la práctica judicial relativa a la justificación de los enunciados fácticos obsta a su caracterización bajo los postulados de la concepción de la prueba como conocimiento. Primero. La afirmación de que los estándares jurídicos de suficiencia epistémica dependen de un juicio axiológico dependiente de los valores en juego admite, al menos en principio, que las exigencias justificativas epistémicas relativas a un enunciado fáctico de la decisión judicial sean divergentes respecto a las comprometidas en la noción de conocimiento" (DEI VECCHI, Diego. La prueba judicial como conocimiento: una caracterización poco persuasiva ." **Debatiendo con Taruffo**. Madrid: Marcial Pons. 2016. p. 287). Entretanto, a crítica de Dei Vecchi deve ser absorvida, mediante o reconhecimento de que a valoração não seria um conhecimento em sua pureza, um puro intelectualismo voltado à compreensão do objeto em todas as suas dimensões, mas um conhecimento inserido em um determinado projeto, com objetivo próprio.

[227] Pode-se dizer que uma teoria do conhecimento tem mais a ver com a identificação/definição de regras sobre o que, em circunstâncias determinadas, seria apropriado aceitar como conhecimento válido/útil/confiável, que propriamente com o que aquilo que as pessoas normalmente vêm aceitando. Rescher: "For our concern in Epistemology is less with the impersonal question of what people do accept than with the normative question of what, in the circumstances, it is both appropriate and *practicable* for them to accept." RESCHER, Nicholas. **Epistemology.** An introduction to the theory of knowledge. Albany: State University of New York Press, 2003, p. 9.

[228] É como se o julgador pudesse dizer: após debruçar-me, exaurir minhas capacidades, concluo que a prova autoriza admitir a hipótese como se verdadeira fosse; embora sei que esse resultado pode estar errado, desconheço razões para aceitar o erro. Isso não é um contrassenso e nem mesmo, no âmbito penal, violaria a presunção de inocência, já que uma coisa é precisar de provas da inocência (isso não se admite) outra coisa é, reconhecendo a própria incapacidade de esgotar a questão, concluir que há prova para derrubar a presunção de inocência, embora possa haver alguma razão desconsiderada, capaz de levar a uma abordagem e um resultado diferentes.

da hipótese em disputa.

2.4 O SUJEITO DA VALORAÇÃO: (PARA ALÉM D)O IDEAL DE IMPARCIALIDADE

Se poderia haver alguma divergência relacionada a quem seriam (ou deveriam ser) os protagonistas da atividade probatória como um todo, não há o que discutir quanto ao fato de que o sujeito da valoração da prova é o julgador (juiz ou jurado). É ele quem age, examinando e definindo o significado da prova que se formou e se a hipótese que constitui o seu objeto será admitida ou rejeitada[229].

Não se quer com isso depreciar o protagonismo dos demais sujeitos processuais, mesmo porque chega a ser um truísmo a sua forte influência no resultado da valoração; apenas se realça que, uma vez aposto o "concluso para sentença", aqueles já deixaram de atuar e seu protagonismo exaurido — ou seja, suas manifestações e requerimentos de ou sobre as provas — passará a constituir o próprio objeto da valoração.

Assim, como a valoração que se pretende ver juridicizada é mesmo aquela atividade solitária, que se inicia com o (re)exame dos elementos de prova e alegações sobre estas e que culmina com a definição sobre adjudicação da hipótese em disputa, sobreleva-se mais que natural uma especial preocupação com a capacidade ética e cognitiva do seu agente[230], mesmo

---

[229] Não se desconhece aqui a praxe judicial brasileira de delegar (parcial ou integralmente) a valoração da prova a assessores; todavia, a (i)legitimidade dessa delegação não interferiria na disciplina da atividade intelectual respectiva, sendo certo, ademais, que a preocupação de conter o arbítrio decisório apenas sai reforçada diante da só possibilidade de que a decisão seja influenciada (ou mesmo definida) por quem não estaria legitimado a tomá-la. Para um maior aprofundamento da questão, veja-se: MARTINO, Fabio Nunes de. A ocorrência de influências cognitivas no juiz originadas pela participação de assessores no processo decisório. **Revista de Análise Econômica do Direito**, vol. 3. 2022.

[230] Mesmo sob prisma puramente epistemológico, é de se reconhecer como razão contrária à aceitação de um dado conhecimento proposicional (que aspira à verdade) o fato de pesar suspeita sobre algum interesse (espúrio) ou até mesmo um completo desinteresse (descaso) do sujeito epistêmico, posto que se pode muito bem ver a Epistemologia voltada a definir quando (sob que condições) um determinado conhecimento pode ser assumido como verdadeiro, o que faz com que eventuais questões éticas e psicológicas passem a ser também questões epistemológicas. Para Taruffo *(op. cit.,* p 143 e ss.), "no contexto da imparcialidade *processual* há, ainda, outro aspecto, comumente esquecido … esse surge quando se instaura uma conexão direta entre imparcialidade e verdade, frisando que há uma concepção epistemológica da imparcialidade; em função dessa, a imparcialidade constitui não só uma condição preliminar para obtenção da verdade, como também uma *parte integrante e penetrante dessa.* A imparcialidade pode, por conseguinte, ser um *critério de verdade interno ao procedimento de elaboração do juiz*: em outros termos, a imparcialidade é condição necessária, não obstante obviamente insuficiente, da verdade. […] resta evidente que o conceito de imparcialidade não se exaure de fato – ao contrário do que comumente se crê – nas condições que a lei prevê para assegurar que o juiz não seja parcial, disciplinando as hipóteses de abstenção e recusa. É claro que o juiz não deve se enquadrar em qualquer dessas hipóteses, mas isso é somente um dos aspectos do problema. A imparcialidade do juiz, de fato, resulta também orientada a um escopo determinado, qual seja, o da busca da verdade: um juiz parcial não pode chegar a esse resultado porque se deixa condicionar, no processo e na formação da decisão final, por fatores estranhos à apuração da verdade, como interesse pessoal na causa, os próprios pré-julgamentos ou relações de diferentes gêneros que tenha com as partes da causa.".

que essa não chegue a configurar um problema exclusivo da valoração da prova, mas de toda sua atuação no decorrer de todas as fases do processo.

É que, por mais que se defenda um modelo de «de prova sem convicção»[231], há que se reconhecer que este configura um modelo-limite, irrealizável em sua inteireza, de sorte que, ainda que o julgador assuma-o de maneira séria, ainda que resista às suas próprias intuições sobre o fato que se pretende reconstruir, o resultado da prova equivalerá à crença do julgador sobre o significado dos elementos aportados, sobre se preenchem, ou não, os respectivos critérios de significação, já que, como já dito (I.3.3), nem mesmo no plano teórico é possível defender que a prova incorporada fornece sozinha o resultado probatório e que o julgador exerceria uma atividade de mera revelação; ou seja, mesmo no plano da concepção de um puro dever-ser, o resultado da prova só surgirá institucionalizado num ato formal dotado de exequibilidade, se aquele investido da autoridade pública, convencer-se que o caso é mesmo de admitir ou rejeitar a hipótese em disputa.

Assim, dado que se propõe um modelo que mediará esse processo de formação da convicção, sobressai indispensável atentar para a relação de adequação entre a disciplina da atividade e as capacidades cognitivas e morais do seu agente, sendo equivocado imaginar que um modelo sempre funcionaria do mesmo modo, independentemente de quem seja o julgador.

Ademais, parece muito claro que, quando se pensa num direito a uma adequada valoração da prova, este embute necessariamente a ideia de um sujeito (da valoração) adequado, não havendo mesmo por que se pensar que a ideia de maximização do direito fundamental deixasse de lado a preocupação com as características do julgador[232].

2.4.1 A insuficiência da concepção tradicional de imparcialidade

A imparcialidade, como condição para uma decisão justa, era até bem pouco tempo

---

[231] Segundo Danilo Knijnik, "[...] o juiz, ao interpretar os fatos, o faz representando a Justiça como um todo, de modo que seria desejável que também a fixação dos fatos no processo resultasse linear para todos os juízes, como sucede, por exemplo, na interpretação das normas, a partir da função uniformizadora dos Tribunais Superiores. Essa preocupação, em si legítima, levou a conceber a figura do chamado "convencimento ficto" ... reclamando um permanente esforço de autocrítica, que poderia ser resumido na seguinte indagação: "será que outros juízes chegariam à mesma conclusão, a partir desses elementos probatórios? [...] o modelo do convencimento fictício – e nos parece correto como premissa teórica – supõe que qualquer decisão judicial não deva pautar-se em um critério pessoal, ao mesmo tempo em que não logrará jamais a reduzir-se a um teorema. (KNIJNIK, Danilo. **Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro.** São Paulo, 2018, p. 26-30). A mesma ideia se extrai do próprio título do trabalho de Jordi Férrer: FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba sin convicción:** estándares de prueba y debido proceso. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y sociales, 2021.

[232] Aliás, a ideia de devido processo intelectual surgiu a partir de um debate sobre a necessidade de um julgador adequado (vide I.6.*a*).

limitada à ideia de ausência de ligações com as partes ou de qualquer outro interesse no resultado do processo. Sua tutela dava-se exclusivamente através da previsão, pelo legislador, das hipóteses de impedimento e suspeição, que, uma vez demonstradas ou reconhecidas pelo próprio julgador, levariam à sua exclusão do processo.

A imparcialidade, entretanto, por ser garantia fundamental indissociável da ideia de devido processo legal (ou de processo equitativo), não pode ser aquilo que o legislador reconhecer que é, merecendo que seu âmbito seja considerado teleologicamente, impondo perquirir o seu «para que».

Sem muito esforço, consegue-se um prognóstico seguro de que um ritual que assegurasse participação com paridade de armas, com acesso à prova e demais meios inerentes à ampla defesa, restaria sem sentido se se (man)tivesse um julgador propenso a desconsiderar (ou dar menor importância a) uma parte do conjunto probatório e/ou dos argumentos trazidos ao processo, mesmo que ele, bem-intencionado, não tenha consciência disso.

A imparcialidade, assim, reclama uma ideia de maximização dessa abertura do intelecto a toda argumentação e a todos os elementos de provas aportados pelas partes[233], o que, registre-se, vai ao encontro daquilo que se defendeu acima (item I.1.6 e item I.3.1), no sentido de que o julgador deve resistir à persuasão e à evidência. A ideia de resistência relaciona-se diretamente com uma ideia de velocidade (mais lenta) indispensável a uma cognição completa, ou seja, a resistência defendida é que propicia a essa maior abertura cognitiva.

O estágio atual do conhecimento de mundo — marcado pelas (não tão) recentes conquistas das ciências cognitivas — revela que esse «comprometimentoinconscientecomumdeterminadoresultadodoprocesso», que impede uma cognição completa e na velocidade correta, é mais factível do que se pensava. Não mais se controverte que pensamento intuitivo (ou tirocínio do julgador) é basicamente a própria manifestação inconsciente de suas preconcepções, pré-juízos, preconceitos e que, em alguns casos, se não se adota qualquer medida de contenção, são mais determinantes no resultado que a própria qualidade da prova e dos argumentos apresentados pelas partes. Isso decorre de uma dificuldade que o cérebro humano tem para assumir um controle consciente do processo

---

[233] Suprem Court Judgments do Canadá (R. v. S. (R.D.), [1997] 3 S.C.R. 484), "impartiality can be described as a state of mind in which the adjudicator is disinterested in the outcome and is open to persuasion by the evidence and submissions. In contrast, bias denotes a state of mind that is in some way predisposed to a particular result or that is closed with regard to particular issues". Disponível em: https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1549/index.do?site_preference=normal Acesso em 5 dez. 2020.

decisório e, mais particularmente, por uma tendência natural, de difícil constatação e controle, que temos de confirmar as inevitáveis, porque involuntárias, primeiras impressões[234].

Assim, eventual despreocupação do legislador (e do processualista) com essa ausência ou perda inconsciente de imparcialidade equivaleria a uma total despreocupação com um sistema que apresente alguma previsibilidade e, consequentemente, uma despreocupação com a própria justiça da decisão.Nesse sentido é que parte da doutrina defende a necessidade de um mapeamento dos fatores ou condições que configuram fontes de contaminação psicológica do julgador, os quais, a depender da medida do comprometimento, devem levar à sua exclusão (*insulating*).

Referidas fontes costumam ser agrupadas em dois eixos: a) um relacionado aos chamados vieses ideológicos[235], que poderiam ser detectados por algoritmos sofisticados a partir da análise das manifestações pretéritas do julgador ou até mesmo mediante um processo de seleção mais sofisticado; e b) outro, vinculado a uma anterior atuação ou conhecimento do julgador em relação ao próprio caso sob seu julgamento.

A opção pelo *insulating*, todavia, quando indicada por razões de natureza *exclusivamente* psicológica[236], reclama um prognóstico justificado de que o substituto terá maior abertura cognitiva que o substituído, condição óbvia para justificar a troca de julgadores.

E quanto a isso, forçoso reconhecer que a processualística ainda se mostra devedora: ainda não se demonstrou empiricamente se, e em que medida, eventual conhecimento anterior ou um qualquer protagonismoem relação ao caso sob julgamento, levaria a uma inexorável seletividade ou imparcialidade cognitiva, que imporia a exclusão daquele que, p. ex., realizou

---

[234] Essa parcialidade inconsciente – ou enviesamento cognitivo – já teve seu potencial ilusório comprovado em inúmeras experiências científicas, não havendo mais como o jurista simplesmente desconsiderá-los. A propósito, parece que, ao contrário do legislador processual civil, o processual penal, na última reforma ocorrida no final de 2019, parece haver incorporado tal concepção ao prever que "juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão" (CPP-157, § 5º).

[235] Jordi Nieva faz dura crítica à jurisprudência espanhola, para ele, "por desgracia, en España actualmente es completamente imposible excluir, *a* priori, a un "fanático" de la función de juzgar en un caso concreto que tenga que ver directamente con su ideología. (…) Tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional tienen una jurisprudencia muy estricta y reiterada en material de abstención y recusación, de manera que únicamente es posible alegar parcialidad en los casos recogidos en el art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como causas de recusación." FENOLL, Jordi Nieva. **El sesgo ideológico como causa de recusación.** In La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 74-75.

[236] Boa parte das causas associadas a essa parcialidade cognitiva pode ser vistas também como incompatibilidades no plano ético. Aquele que, por exemplo, defere uma medida liminar que gera dano a uma das partes, quando for julgar a causa estará, de certa forma, julgando sua própria conduta, porque de uma forma ou de outra estará se colocando ou se retirando da condição de responsável pelo dano causado; aquele julgador que já decidiu a causa e que vai julgá-la novamente porque o Tribunal anulou sua decisão, de certo modo, vai definir se acertou ou se errou ao decidir da forma que decidiu. Ou seja, pode-se defender, sem recorrer a um argumento de ordem psicológica, que o jurisdicionado tem o direito a um juiz que, ao julgar sua causa, não esteja ao mesmo tempo (ainda que indiretamente) julgando (buscando justificar) seus próprios atos.

um juízo prelibatório sobre a viabilidade do caso ou mesmo daquele que exerceu um protagonismo *qualquer* na fase de incorporação da prova[237].

Até agora, não se foi além (*i*) das defesas de que sua incompatibilidade com as garantias da imparcialidade e do contraditório[238], o que já foi abordado no item I.2.2, (*ii*)de uma espécie de transposição meramente especulativa de resultados de pesquisas empíricas no âmbito da psicologia cognitiva[239], sem sua necessária replicação sob condições que as aproximassem de um julgamento por alguém minimamente treinado e consciente de sua responsabilidade pela qualidade do resultado[240],e(*iii*) de uma invocação dos resultados do experimento de B. Schunmam, que, aliás, tanto contraria a ideia de que um maior

---

[237] Em relação a essa categoria, os limites éticos do protagonismo anterior do julgador foram bem definidos por Picó Junoy: Concebir la imposibilidad de atribuir cualquier actividad probatoria al juez como una manifestación del principio acusatorio es solo el resultado de una evolución – doctrinal y jurisprudencial – poco reflexiva que, pretendiendo incorporar el máximo de garantías de imparcialidad del juzgador, ha olvidado que el proceso es el instrumento que poseen los jueces y tribunales para llevar a cabo su función jurisdiccional (art 117.1 CE), por lo que es del todo inadecuado no atribuirles las facultades necesarias que, sin menoscabar ningún derecho fundamental de las partes, les permitan cumplir justa y eficazmente la citada función jurisdiccional (…) una limitada iniciativa probatoria *ex officio iudicis* puede poner en peligro el principio acusatorio, así como los derechos fundamentales de las partes a un juez imparcial y a la defensa. Por ello, entiendo que tal iniciativa debe limitarse en los seguientes términos: a) en primer lugar, la prueba practicada por el juez debe cenirse a los hechos alegados en los escritos de calificaciones y discutidos en el juicio oral. *Con este límite se protege la plena vigencia del princípio acusatório*; b) en segundo lugar, es menester que al juez le consten ya las fuentes de prueba sobre las cuales tendrá lugar su posterior actividad probatoria. Con este límite se protege la debida imparcialidad del juex, ya que solo de esta forma se Evita que actúe de un modo inquisitivo, buscando elementos probatorios al margen de los que ya constan en los autos, y c) finalmente, es preciso que se permita a las partes participar en la práctica de esta prueba y poder contradecirla. Con este límite se protege escrupulosamente el derecho de defensa que todo litigante posee en la ejecución de cualquier medio probatorio." PICÓ I JUNOY, J., "El derecho a la prueba en el proceso penal. Luces y sombras".In: **Estudios sobre prueba penal Volumen I.** Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y limites. (Dir. ABEL LLUCH, X. y RICHARD GONZÁLEZ, M.),Volumen I, pp 27-83. La Ley, Madrid, 2010, p. 81- 82.

[238] P. ex., SPERANDIO, Pedro Lube. **A quebra de imparcialidade decorrente dos poderes instrutórios do juiz no processo civil.** Dissertação de Mestrado em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo. Vitória. 2020.

[239] Vide, por exemplo: RITTER. Ruiz. Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Dissertação de Mestrado em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 2016. Lúcio Delfino (et. al.) acresce um argumento de ordem ética, no sentido de que "o juiz do ativismo probatório, independentemente de suas intenções, atua como se parte fosse, por determinar instrução de ofício cujo resultado tem aptidão exclusiva de beneficiar o autor – e às vezes aptidão de beneficiar o réu, a depender do ônus probatório ...". DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. Streck, Fonseca Costa, Kahneman e Tversky: todos contra o ativismo judicial probatório de Michele Taruffo. **Revista de Processo (RePro),** 255, 2016, p. 20.

[240] A compreensão de que o ser humano tem uma tendência natural de confirmar suas primeiras impressões, desconsiderando inconscientemente razões contrárias, é mesmo de elevada relevância para o cientista do processo, mas que deve primeiro levar a estudos e reflexões sobre como esta (tendência/característica) se comportaria no processo judicial, dada as suas peculiaridades, buscando perquirir, por exemplo, se haveria mesmo uma tendência em se condenar mais: a) quando o julgador recebeu a denúncia; b) quando o julgador fez perguntas complementares às testemunhas e aos acusados? Ora, se há um risco natural de enviesamento de todos os juízes, se este pode formar uma primeira impressão assim que tomar conhecimento da primeira narrativa, quer tenha ocorrido antes (no momento do recebimento da denúncia), quer tenha ocorrido mais recentemente (na própria ausência de julgamento), parece certo de que a tutela da imparcialidade cognitiva via *insulating* para situações como as mencionadas em a devida comprovação empírica não passa de um "tapar o sol com a peneira".

protagonismo na coleta da prova oral, fazendo perguntas, aumentaria as chances de condenação, como permite que se conclua no sentido contrário a um determinismo incontornável do conhecimento anterior (ou do contato com elementos formados anteriormente ao julgamento)[241].

Deve-se atentar que, em relação ao suposto efeito enviesante do «conhecimento anterior» do julgador, não se pode considerar a existência de apenas duas categorias: o «juiz que tomou conhecimento formal e publicamente do caso» e o «juiz que absolutamente nada sabe sobre o caso» –. Daí que,para alijar do processo o julgador que conheceu formalmente do caso e substituí-lo por outro que dele tomou conhecimento informal (pela imprensa, p. ex), reclamariaantes uma séria definição sobre (*i*) qual das duas categorias está mais propensa a um julgamento enviesado ou parcial, e (*ii*) se a "contaminação" gerada por esse conhecimento anterior não pode ser de alguma forma contida de forma satisfatória.

Seguimos, então, entendendo que não há como aderir com tanta rapidez à tese defendida por Eduardo Costa de que, na dúvida, deve-se recorrer ao *insulating*. Se, num caso concreto, a inesclarecibilidade relacionada aos fatos que indicariam o comprometimento ético e/ou psicológico do julgador, deve ser suficiente para respaldar o *insulating*, quando se pensa o próprio desenho do Sistema, eventual inesclarecibilidade no plano teórico, relacionada ao risco de comprometimento psicológico de uma dada condição/categoria considerada abstratamente, não deveria respaldar uma regra de exclusão do julgador; isso porque esta pode trazer consigo um efeito colateral consistente numa espécie de "relaxamento" do substituto, que poderia se enxergar como um julgador dotado de maior capacidade cognitiva, o que, como se verá logo adiante, não configura um bom começo, posto queo melhor remédio contra o enviesamento cognitivo (ou contra a perda inconsciente da imparcialidade) é a atenção ou

---

[241] Schünemann descreve pesquisa empírica que fez com um grupo de juízes e promotores alemães. A todos (58) foi apresentado o mesmo caso, para que decidissem isoladamente. Para uma parte do grupo (28) foi apresentado o resultado da instrução realizada na fase de investigação e a dinâmica da audiência de instrução e julgamento; os demais (30) apenas tiveram acesso à audiência de instrução e julgamento. Ademais, apenas parte do total pôde fazer perguntas às testemunhas, de sorte que ao final se formaram 4 subgrupos – aqueles que 1.1 acessaram os autos do inquérito e inquiriram testemunhas (14); 1.2 acessaram os autos do inquérito, mas não inquiriram as testemunhas (14); 2.1 não acessaram os autos do inquérito, mas inquiriram as testemunhas (17) e 2.2 não acessaram os autos do inquérito nem inquiriram as testemunhas (13). Ao final, ficou demonstrado que a interferência na audiência, com a realização de perguntas aos falantes, gerou uma pequena redução do número de condenações, de 16 (de um total de 27), para 14 (de um total de 31). Por outro lado, embora o acesso aos autos da investigação tenha gerado um considerável incremento das condenações – de 10 (de um total de 30) para 20 (de um total de 28) –, este efeito definitivamente não se manifestou no grupo dos promotores de justiça, onde as condenações subiram de 2 (de um total de 12) para 3 (de um total de 11), o que termina sugerindo que é mais provável que haja algo relacionado às atitudes e/ou habilidades dos juízes alemães, que não se reproduz entre os promotores. SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 11, 2012, p. 30-50.

prudência intelectual, somada o conhecimento sobre os riscos de preponderância do pensamento intuitivo e o «julgador imaculado»aquele que não tomou nenhuma decisão ou exerceu qualquer protagonismo antes da decisão –ou mesmo o «julgador supostamente ignorante em relação ao caso» que assume o processo ao final, apenas para valorar a prova e decidir – também chega "carregado" com sua experiência de vida, sua maneira peculiar de ver o mundo, suas ideologias e preconceitos e, quiçá, com seus conhecimentos de "segunda mão" sobre o próprio caso.

2.4.2 O sistema de valoração como uma ferramenta desenviesante (debiasing)

A imparcialidade, além de pressuposto de validade do processo, é um ideal que permeia toda atividade jurisdicional e, por isso, deve ser vista como um princípio que se deve buscar maximizar em todos os seus momentos[242].

Assim, quer porque (*i*) não é possível a identificação e mapeamento de todas as causas que levam um peculiar risco de uma cognição parcial (maior que o risco inerente ao da generalidade dos julgadores)[243], quer porque (*ii*) o «juiz imaculado» ou «ignorante em relação ao caso», notadamente se rotulado como um juiz mais capaz, está também sujeito ao enviesamento cognitivo, aquele que se propõe a projetar um sistema normativo para a valoração da prova deve preocupar-se com uma espécie de tutela de um atuar/pensar não enviesado do julgador, ou seja, em conferir ao Sistema uma função desenviesante (*debiasing*)[244].

Uma primeira ideia desse"desenviesar" (*debiasing*) remete à aptidão para remeter o julgador a realizar uma abordagem retrospectiva, que teria a aptidão de localizar eventual falha, permitindo o seu aperfeiçoamento[245]. Empregar-se-á o termo aqui também para referir-

---

[242] COSTA, Eduardo, *op. cit.,* p. 115.

[243] Vale registrar que a parcialidade cognitiva nem sempre está sempre ligada a uma causa sistemática. "Pero es el resultado de la falibilidad humana, y ante ello sólo cabe proceder como se ha indicado: en principio a través de actuaciones preventivas procediendo a la enseñanza del juez en materia del transfondo psicológico de la parcialidad; pero también con la debida formulación de conclusiones a cargo de las partes, una vez practicada la prueba. Si fallan estos dos mecanismos, sólo quedará intentar la crítica de la valoración probatoria a través de los recursos. FENOLL, *op. cit.*, p. 178.

[244] Daí porque Eduardo Costa propõe que o risco de enviesamento deve ser combatido pelo ordenamento também com a instituição de mecanismos desenviesantes. COSTA, *op. cit.*, p. 121 e ss.

[245] "Once a behavioral phenomenon has been identified in some experimental context, it is appropriate to start questioning its robustness. A popular and often productive questioning strategy might be called destructive testing, after a kindred technique in engineering. A proposed design is subjected to conditions intended to push it to and beyond its limits of viability. Such controlled destruction can clarify where it is to be trusted and why it works when it does. Applied to a behavioral phenomenon, this philosophy would promote research attempting to circumscribe the conditions for its observation and the psychological processes that must be evoked or controlled

se a uma perspectiva preventiva, também para abranger a ideia de impedir o pensamento enviesado.[246]

Pois bem. Como o risco de enviesamento é inerente à própria natureza humana, resultado de uma evolução do cérebro, que adquiriu uma forma rápida, não controlada de pensamento e de tomada de decisão – as heurísticas –, combatê-lo equivale a uma tentativa de afastar o julgador da sua forma natural de pensar.

A Psicologia já demonstrouque o ser humano, quando lida com os fatos do passado, assente mais facilmente a hipóteses apresentadas sob a forma de narrativas[247], e que, quando docontato com as narrativas, apresenta uma forte tendência a completar vazios[248], com base numa expectativa derivada das suas preconcepções de mundo, sendo nesse preenchimento de

---

in order to eliminate it. Where the phenomenon is a judgmental bias, destructive testing takes the form of debiasing efforts. Destructive testing shows where a design fails; when a bias fails, the result is improved judgment." FISCHHOFF, B. Debiasing. In: D. Kahneman, P. Slavic, & A. Tversky (Eds.). **Judgment under uncertainty:** Heuristics and biases. pp. 422 – 444. New York: Cambridge University Press, 1982.

[246] "Uma possibilidade é operar diretamente sobre os erros e *tentá-los reduzi-los* ou limitá-los. È o que se chama de *debiasing* em sentido estrito. Aqui, não há mudança ns preferências individuais; na verdade, eliminam-se os erros no julgamento. A lei é usada para reduzir o grau de enviesamento do comportamento do ator. Ou seja, faz-se com que o processo deliberativo do Sistema 2 prepondere sobre o processo intuitivo do Sistema 1. (…) o combate ao *hindsight bias* … também se faz por esse método…: impõe-se ao juiz o dever de avaliar … se à época dos fatos o resultado danoso era realmente previsível e, portanto, evitável, incitando-o a um julgamento *ex ante em* lugar de um julgamento *ex post.* Note-se que, aqui, o ambiente é reestruturado não para modificar a motivação do indivíduo, mas para fazer com que perceba diferentemente o mundo ao redor dele. COSTA, Eduardo J F. **Levando a imparcialidade a sério.** Proposta de um modelo interseccional entre o direito processual, economia e psicologia. Salvador: Juspodium, 2018, p. 116-118.

[247] Pennington e Hastie comprovaram empiricamente que a ordem em que uma determinada teoria/versão era apresentada tem grande potencial de influir no resultado de um julgamento. Apresentou-se um mesmo caso a um grupo de (possíveis) jurados, onde acusação defesa expunham a prova ou sob uma ordem aleatória ou sob uma ordem de estória; a combinação destas duas variáveis resultou em quatro grupos, segundo o tipo de apresentação do caso: 1. acusação e defesa recorreram à ordem de estória; 2. acusação e defesa recorreram à ordem aleatória, 3. Acusação, aleatória, e defesa, estória; e 4. Acusação, estória, e defesa, aleatória. Os resultados indicam que a apresentação da versão (e da prova que a suportaria) em ordem de estória fez com que os jurados aderissem mais facilmente a ela, mesmo em se tratando exatamente da mesma prova. Tal efeito foi tão significativo, que gerou um saldo da proporção de condenações, de 31%, no grupo em que acusação recorreu à ordem aleatória e a defesa, à apresentação da prova sob forma de estória, para 78%, no grupo em que a acusação recorreu à estória e a defesa apresentou sua prova de forma aleatória. PENNINGTON, N.; HASTIE, R. Explanation-based decision making: effects on memory structure on judgement. **Journal of Experimental Psychology**, Learning and Memory and Cognition, 14 (3), 1988, p. 521-33.

[248] Em outro estudo empírico, Pennington e Hastie exibiram a 200 (possíveis) jurados um julgamento (documentado em vídeo); na sequência, foi pedido que contassem aquilo que acreditavam que realmente havia realmente ocorrido (em relação ao objeto do julgamento), o que redundou em quatro tipos de vereditos: homicídio premeditado; intencional (não premeditado); culposo e legítima da defesa. A variedade de veredictos (todos com a adesão de uma parcela significativa de jurados, todavia, não decorria de um rico acervo probatório que permitisse uma significação variada (e que, portanto, explicasse a disparidade alcançada). Demonstrou-se: que, embora todas as estórias contadas pelos jurados estivessem de acordo com o que foi dito no julgamento, as diferentes conclusões foram baseadas em diferentes seleções de fatos, ou seja, decorreram de uma variabilidade na fase da construção da estória; e que as diferentes conclusões dos jurados foram causadas principalmente por inferências sobre o que as pessoas faziam, pensavam, sentiam ou queriam, já que 45% de todos os componentes da história que contavam consistiam de fatos que não estavam presentes no julgamento apresentado, ou seja, inventaram 45% das evidências. PENNINGTON, N.; HASTIE, R. Evidence evaluation in complex decision making. **Journal of Personality and Social Psychology**, 51(2), 242 – 258.

vazios inconsciente que normalmente operam os vieses cognitivos.

Isso, aliás, parece ter sido bem apreendido por Franco Cordero[249], que denominou o fenômeno de «primazia da hipótese sobre os fatos» geradora de «quadros mentais paranoicos», que pode ser explicado como *i*) um forte assentimento a uma hipótese (v.g. "estou sendo seguido"), *ii*) combinada com uma abordagem que busca dados compatíveis com a hipótese ("virei à esquerda uma vez e duas vezes à direita e o veículo azul,que vem atrás, também") e *iii*)do desprezo a outros possíveis dados ou à eventual compatibilidade dos dados considerados com hipóteses concorrentes ("estou seguindo um percurso entre os pontos *A* e *B*, que é o mesmo percorrido por todos os que vão de *A* pra *B*"). Daí a analogia com a paranoia — "o sujeito acredita que estava sendo seguido pelo carro azul e, mais, que conseguiu provas disso"—, que parece ter uma incrível aptidão didática.

A lição do processualista italiano, que já constitui uma crítica demolidora a determinadas práticas investigatórias e instrutórias, deve soar como um grito de alerta ao sujeito da valoração da prova (e ao *designer* do Sistema), já que é este o momento em que se concretizará (ou se frustrará) a forma dialógica assumida pelo processo externo (a fase postulatória e instrutória), última oportunidade em que esses protagonistas poderão serefetivamente "ouvidos" e bem compreendidos, o que impõe uma atenção detida sobre cada um e sobre todos os elementos de prova aportados por cada um deles e aos argumentos voltados a significá-los.

Assim, sendo necessário evitar o "já sei", o "já consigo enxergar como as coisas se deram", o "dou por visto", o "tudo se encaixa perfeitamente", a tarefa desenviesante deve envolver uma preocupação com a partida, com a abordagem que se faz do caso, com o ponto de vista que se assumirá, ou seja, com o «para que» da valoração: se o julgador p. ex. aborda a prova com a finalidade de chegar à verdade histórica, com uma ambição nesse sentido e se enxerga como um integrante de uma equipe que tem essa missão, ter-se-ia, aí, uma desastrosa partida.

A disciplina da valoração deve, então, remeter o julgador a uma abordagem descontaminada de uma ambição de descoberta – ou seja, de "enxergar" a realidade que ficou no passado –, para que siga no sentido contrário ao do pensamento normal do ser humano,freando a automática aceitação (ou rejeição) da mesma, aferindo a segurança que o suporte empírico confere à hipótese em disputa, assumindo, ainda, os diversos pontos de vista erespectivos cenários trazidos pelas partes.

---

[249] CORDERO, Franco. **Guida alla Procedura Penale**. Torino: Utet, 1986, p. 51.

2.4.3 Indo além da imparcialidade: o julgador como um agente epistêmico virtuoso

Embora possível atribuir vocação desenviesante à disciplina da valoração da prova, mediante a imposição de uma espécie de percurso para o raciocínio – p. ex.impondo o enfrentamento de "subproblemas" —, esta jamais conseguirá exaurir todos os caminhos que poderão ser percorridos pelo julgador; não há como conceber um regramento que dê conta de todas as peculiaridades possíveis que o caso concreto possa assumir[250], de sorte que não é apenas impossível evitar que alguns "trechos" sejam percorridos de forma inconsciente, através das heurísticas, mas também é impossível "remeter" à consciência todas as questões relevantes.

Ademais, além de ser impossível aniquilar completamente o subjetivismo do sujeito da valoração, isso nemé necessário nem conveniente[251].

Perceba-se que a ideia de imparcialidade (psicológica)pode ser reconduzida a uma ideia de *virtude*[252], ou seja, como um traço de personalidade ou uma qualidade moral, consistente numa aptidão ou uma predisposição para um determinado comportamento— uma determinada maneira de ver o mundo e de reagir a ele —, à qual se associa à ideia de responsabilidade moral.[253]

Há uma interação recíproca entre a imparcialidade e as regras que se propõem condicionar o raciocínio do julgador: aquela reforça as chances de cumprimento dessas e

---

[250] "Al igual que no hay ningún conjunto de reglas que sea suficiente para determinar la acción que es moralmente correcta en una determinada situación de elección, tampoco parece posible determinar mediante un conjunto de reglas qué creencias son epistémicamente valiosas." AMAYA, Amalia. Virtudes y razonamiento probatorio. **Revista Anuario: Diálogos Jurídicos**. 2017. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/321319006_Virtudes_y_razonamiento_probatorio_in_Revista_Anuario_Dialogos_Juridicos/link/5a1c67ac0f7e9b2a53169367/download acesso em 31/1/2013 Acesso em 07 fev. 2023.

[251] Viéses e heurísticas não devem ser confundidos; a ideia de contenção do pensamento intuitivo (por onde "agem" as heurísticas) dá-se para adequá-lo à racionalidade exigida pela ordem jurídica – o julgador tem que saber porque chegou a tão conclusão e tem que saber dizer porque chegou a tal conclusão – e para evitar a "ação" dos vieses, que distorcem a significação da prova, incrementando o risco de violação dos critérios (de significação) instituídos pelo Sistema. Citar aqui a diferença de heurísticas e vieses ... vieses como a "derrapagem";

[252] Aliás, a imparcialidade trata-se de uma virtude. Para Antônio Cabral, "trata-se de um estado de espírito pertinente à convicção de uma pessoa específica: o juiz, o membro do MP, o perito, o jurado etc. Transitamos na esfera psíquica do ser humano que personifica o Estado (…) *A imparcialidade reflete, portanto, uma virtude.* CABRAL, Antônio. Imparcialidade e impartialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções no processo penal. **Revista de Processo – RePro**, n. 149, ano 32. p. 339 – 364, 2007, p. 342.

[253] "Conforme a la epistemología de la virtud responsibilista, las virtudes intelectuales son rasgos de la personalidad o cualidades de carácter análogas a las virtudes morales (…) mi interés principal es desarrollar una teoría de la prueba basada en la teoría de la virtud responsibilista, de corte aristotélico, para el derecho. Esta aproximación me parece más productiva en cuanto que las virtudes, así entendidas, *son disposiciones que están bajo nuestro control y por cuyo desarrollo y ejercicio podemos, por lo tanto, ser responsable*s.". AMAYA, *op. cit.,* p. 4.

essas reforçam as chances de um ser ou um atuar conforme o dever jurídico (dever de atuar com imparcialidade); dessa forma é que a contenção do pensamento enviesado pode ser reforçada mediantea previsão de regras para a valoração e através de estímulos para o desenvolvimento de virtudes que teriam essa vocação[254].

Assim, se se assume (*i*)que a valoração da prova é um ato de conhecimento, (*ii*) que o que o Sistema objetiva tutelar a correção (*a rectitude*) do respectivo resultado—sua adequação aos critérios formais e materiais validados pelo conhecimento de mundo mais seguro, mais atualizado— e (*iii*) que a imparcialidade cognitiva nada mais seria que meio para um pensamento adequado ao Direito[255], parece conveniente uma atenção às capacidades para atuar como um sujeito epistêmico ideal, o que definitivamente não se exaure na ideia de "a ausência deum peculiar risco de inclinação para um dos dois lados da disputa".

De fato, não se justificando que se aposte todas as fichas numa tentativa (*i*) de mapear aqueles que seriam mais propensos a uma abordagem tendenciosa, para excluí-los, e (*ii*) de fazer com que o julgador pense seguindo um determinado caminho (que nunca exaurirá todas as opções de percurso), pode-se defender que o Sistema de Valoração da Prova pressupõe e consequentemente impõe um operador adequado ouum *sujeito epistêmico virtuoso*[256].

A chamada epistemologia das virtudes absorve justamente a ideia de que "investir" no sujeito é o melhor que se pode fazer para viabilizar o conhecimento verdadeiro, ao invés de investir na definição de um caminho que teria a condição de conduzir a este resultado e em meios de constrangimento ou incentivo para que este seja seguido[257]. Sua tese central é que os

---

[254] "Creo que, salvo que el juez incurra en conductas evidentemente rechazables revelando ingenuamente su parcialidad, lo único que puede remediar una valoración sesgada es una acertada formulación de conclusiones, que sirva para corregir los posibles defectos de percepción. Pero lo que entiendo que habría de ser todavía más eficaz sería una instrucción del juez en los aspectos señalados en el primer epígrafe de este capítulo, puesto que sólo conociendo cómo se incurre en parcialidad, resulta más sencillo evitar caer inadvertidamente en la misma. FENOLL, *op. cit.*, p. 178.

[255] Defende-se que isso não só é possível como é necessário, notadamente se de tratar de um domínio específico.(RODRIGUES, Andreia de Castro; SACAU, Ana; RUA, Filipa. O estudo do sentenciar: a importância da análise do processo de decisão penal. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 138, p. 89 – 123. 2017. p. 94 e ss.).

[256] Não há consenso sobre quais seriam as virtudes epistêmicas, tampouco em relação à abrangência de cada uma delas, parecendo inevitável enxergar sobreposições entre as mesmas, o que não configura qualquer problema; valendo mencionar, todavia, aquelas vistas como principais: (i) a autonomia intelectual, (ii) a humildade intelectual, (iii) tenacidade intelectual; (iv) coragem intelectual, (v) sobriedade intelectual; (vi) curiosidade intelectual; (vii) integridade intelectual. Para aprofundamento: AMAYA, Amalia. **The virtue of judicial humility**, Jurisprudence, 9:1, 97-107. 2018. DOI: 10.1080/20403313.2017.1352315; MICHELON, Claúdio. Legal Reasoning (Virtues). **University of Edinburgh School of Law Working Paper**, no 6/2020. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3562399 Acesso em 07 fev. 2023.

[257] "Quando se começa a considerar cuidadosamente o conceito de prova ou justificação ... rapidamente se chega à ideia de que o mais relevante é a integridade epistêmica do próprio agente, pois nunca há justificações ou provas que não sejam tão robustas que sejam insusceptíveis de distorção, erro ou má-fé ... não há provas à prova de vício epistêmico." (MURCHO, Desidério. **Estado da Arte**. 2019. https://estadodaarte.estadao.com.br/virtudes-epistemicas/ acesso em 17/1/2023). No mesmo sentido: "Al igual

agentes do conhecimento, ao invés do resultado (suas crenças, candidatas à crenças verdadeiras), deveriam ser o objeto central das preocupações da Epistemologia, de modo que as propriedades normativas da crença seriam explicadas em termos de estarem, ou não, de acordo com as virtudes intelectuais[258].

Vale registrar, todavia, que, se o nosso paradigma refuta a ideia de prova livre, como disciplina para da prova judicial, a *fortiori* rejeitaria, no mesmo lugar, uma versão radical (forte ou robusta) da Epistemologia das Virtudes. Para essa corrente, um determinado resultado, uma determinada crença é, ou não, correta, verdadeira, porque é, ou não, aquela a que um agente virtuoso chegaria[259], ou seja, o emprego das virtudes seria condição necessária e suficiente da justificação[260].

Adere-se, todavia, à ideia de que a tomada de decisões não poderia ser completamente objetivada e que a tentativa de maximizar essa objetivação levaria a um certo engessamento, que terminaria dificultando se chegasse à melhor solução, já que por mais que se esforce nesse sentido, não se conseguirá pensar de antemão em critérios capazes de predeterminar o resultado para todas as feições que o problema em que consiste a valoração da prova possa vir a assumir, daí que se deveria também apostar no desenvolvimento das chamadas virtudes do sujeito epistêmico, justamente como forma de aproveitar e otimizar a subjetividade do indivíduo, direcionando-a aos melhores resultados[261].

Não há, pois, como olvidar que a epistemologia das virtudes fornece o suporte teórico para uma compreensão de que o Sistema reclama sim um modelo de julgador ideal —um agente epistêmico virtuoso—, o que importa um passo adiante em relação à ideia de «julgador ficto», que representa ideal (de objetividade ou de intersubjetividade) do Sistema.

Assim, à ideia de que a convicção não poderia ser a *íntima*—algo que mais se aproximaria de uma sensação, inexpressável linguisticamente e, portanto, incontrolável—,

---

que no hay ningún conjunto de reglas que sea suficiente para determinar la acción que es moralmente correcta en una determinada situación de elección, tampoco parece posible determinar mediante un conjunto de reglas qué creencias son epistémicamente valiosas." AMAYA*, op. cit,*. p. 2.

[258] AMAYA, *op. cit.,* p. 2.

[259] "Hay otra distinción importante en epistemología de la virtud, la diferencia entre versiones débiles y versiones fuertes, que es también relevante a la hora de diseñar una aproximación aretaica a la prueba jurídica. Según las versiones débiles, lo que la persona virtuosa hace es el mejor criterio para determinar lo que es correcto. En las versiones fuertes, un acto es correcto porque es el acto que una persona virtuosa haría." AMAYA, *op. cit.,* p. 2.

[260] Para aprofundar essa refutação, ver BERNAT, Pedro H. Haddad. Epistemología de virtudes robusta: sobre los límites y las posibilidades de su aplicación a la prueba de los hechos en el derecho. Crítica, **Revista Hispanoamericana de Filosofía**, Vol. 49, n. 145, 2017, p. 3–24.

[261] "La virtud, entendida como la capacidad de detectar las razones específicas que se derivan de los rasgos particulares del caso es, por lo tanto, necesaria para poder resolver de manera satisfactoria los problemas relativos a la determinación de la premisa fáctica en los casos difíciles." AMAYA*,op. cit.,* p. 9.

deve somar-se a ideia de que a convicção do julgador deveria mesmo ser uma espécie de projeção da convicção de uma comunidade epistemicamente virtuosa; esse passo adiante consistiria justamente na substituição de uma ideia de máxima objetividade, para uma ideia de objetividade necessária, já que, como se disse há pouco, a tutela das virtudes do sujeito epistêmico não deixa de ser uma espécie de aposta na sua subjetividade.

Mesmo que o «juiz ficto», ou melhor, o «julgador ideal», consista apenas numa premissa teórica inconversível em uma disciplina baseada em regras e que sua concretização (possível) dependa em grande medida de um difícil e lento processo de alteração de toda uma cultura judicial; não há como deixar de considerá-lo um pressuposto do sistema de valoração da prova, o que reclama uma abertura para um sistema de tutela (de promoção ou de desenvolvimento) das virtudes do sujeito epistêmico.

Reitere-se que essa tutela das virtudes do julgador não se incompatibiliza com o desenvolvimento de critérios para a valoração da prova; muito ao contrário: de um lado, o *devido processo intelectual* não deixa de servir como uma espécie de orientação para um agir virtuoso e, de outro, o desenvolvimento das virtudes do sujeito epistêmico reforçam as esperanças de que o pensamento não se afastará do melhor caminho, que certamente jamais virá exaustivamente demarcado.

2.5 O Âmbito da Valoração da Prova

2.5.1 A delimitação do objeto cognoscível: a prova e sua relação com a probanda

Como se disse (item I.3.3), a valoração da prova não pode ser uma atividade meramente argumentativa, ou seja, não se opera exclusivamente no plano das ideias, embora o pensamento reflexivo, especulativo, possa mesmo preponderar. Assim, não apenas se admite mas se faz indispensável uma cognição sobre os elementos empíricos em que se consubstanciam as provas[262], seja ele um documento, uma pessoa, um computador, um pen-drive, ainda que esse elemento empírico não seja acessível diretamente — como no caso de uma análise voltada a concluir que um determinado arquivo eletrônico foi enviado para um

[262] "Para plantearlo de otro modo, considérese que la determinación jurídica de los hechos requiere de algún acto ostensivo. En este sentido, la prueba consiste en elementos que no solo son perceptibles sino también susceptibles de ser mostrados, exhibidos o indicados a quien ha de determinar los hechos en el contexto relevante." TUZET, Giovanni. Sobre la ostensión probatoria. Trad. de Diego Dei Vecchi. In: BELTRA, Jordi Ferrer; VÁSQUEZ, Carmen (coords.). **El razonamiento probatorio en el proceso judicial:** un encuentro entre diferentes tradiciones. Madrid. Marcial Pons, 2020, p. 162-163.

provedor que fica em local desconhecido; nesse caso, o suporte físico da informação — o disco rígido da máquina que opera como provedor — existe enquanto realidade empírica, ainda que não tenha sido possível acessá-lo presencialmente para uma experiência preponderantemente sensorial, mesmo porque, esta seria manifestamente inadequada[263].

Assim é que se pode dizer que a prova, enquanto elemento empírico, é, essencialmente, o *objeto da valoração*, merecendo ser identificada como tal, para que o sujeito cognoscente se debruce sobre ela com vistas a compreendê-la e extrair seu significado.

De outro lado, parece claro que esse particular ato de conhecimento tem uma finalidade específica: o sujeito cognoscente não fará uma expedição livre em busca de conhecê-lo em sua completude, desvendando (e/ou construindo) todos os seus possíveis significados. A cognição será voltada: a) à identificação da relação que a prova, isoladamente e em conjunto, mantém com a hipótese que se pretende ver admitida; e b) à aferição (do grau de) suporte que a prova fornece a esta.

Embora a prova seja imediatamente submetida aos sentidos do julgador — que ouve diretamente da testemunha ou perito, vê detalhadamente o documento, vê e toca determinado objeto — , a sua significação não se resumirá a uma experiência exclusivamente sensorial (item I.3.1), daí porque se pode dizer que o objeto da valoração da prova, embora tenha um componente real (empírico), também é composto por ideias: os enunciados fáticos (hipóteses fáticas) e suas relações com os elementos empíricos que formam o conjunto probatório, relações estas que podem ser vistas como um complexo de razões — que podem incluir outros enunciados fáticos—, que só existem mesmo no mundo das ideias, no plano do discurso.

Daí que o direito fundamental à prova e ao contraditório impõem que os argumentos trazidos pelas partes (acerca das características dos elementos de prova e das relações que podem ser estabelecidas entre esses e a hipótese que se quer ver aceita ou recusada) constituam também objeto da cognição pelo julgador, que deve considerá-los e dar-lhes a merecida resposta.

Vê-se, então, que a valoração da prova é um ato de conhecimento *sui generis*, com um objeto cognoscível complexo — parte do mundo real e parte idealizada (discursivamente), o que impõe ao sujeito cognoscente um agir segundo normas que, já na partida, delimitam o objeto cognoscente — o que não pode e o que deve integrá-lo — e definem o que se espera do

---

[263] Gustavo Badaró registra que as assim chamadas provas digitais "não possuem uma materialidade imediatamente constatável...". BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia da prova digital. In: OSNA, Gustavo (et. al). **Direito probatório**.Londrina: Thoth Editora, 2023, p.186.

conhecimento a ser produzido [264].

Ao contrário de parecer algo natural, que dispensaria maiores preocupações daquele que pretende estabelecer uma disciplina da atuação do julgador, a valoração da prova, notadamente dos casos mais complexos, exige um julgador que saiba exatamente o que o Sistema espera dele, o que inclui também um método (mais ou menos rígido) a ser seguido, sempre que este implicar na redução de risco de resultados insatisfatórios, notadamente os decorrentes da não apreciação de toda a prova e/ou da não consideração de todas as relações que esta mantém com a hipótese em disputa. Em determinados casos, notadamente os que não apresentam grande complexidade, esse processamento das informações poderia operar-se mentalmente — confiado à memória de trabalho do julgador [265], mas, à medida que as questões se tornam complexas e o conjunto de provas assume alguma uma dimensão, o improviso importaria num largo flanco para erros até os mais simplórios, o que impede seja visto como uma faculdade do julgador (I.3.2).

Deve-se registrar, ainda, que a hipótese objeto da prova, mesmo num caso sem complexidade, nunca equivalerá a uma idealização de um fato simples, mas é composta por várias, chamadas de *probandas* penúltimas. A hipótese, ou *probanda* última, seria, na realidade, uma espécie de justaposição das *probandas* penúltimas.

Daí que a definição do *thema probandum*— que normalmente abrange, além das *probandas* penúltimas, outros fatos idealizados intermediários, que podem funcionar como razões em prol da admissão destas[266]— pode conformar-se em uma tarefa demasiado complexa[267], que necessite uma análise cuidadosa e inclusive a realização de uma audiência

---

[264] Anderson, Schum e Twining desenvolvem um método para análise da prova judicial, onde destacam como primeiro passo a definição precisa do ponto de vista (*standpoint*) a ser assumido pelo analista, o que se conseguiria respondendo quatro perguntas: Quem sou eu? Em qual etapa do processo estou? Qual o material disponível para minha análise? O que estou tentando fazer (ou o que eu devo fazer)? Em relação ao «para que» da análise/valoração, registram que se destinaria a responder outras três perguntas: Qual a proposição deve ser provada? Quais as informações/dados disponíveis? Quais as defensáveis e plausíveis relações entre esses dados/informações e a proposição objeto da prova? ANDERSON, T.; SCHUM, D.; TWINING, W. **Analysis of Evidence**. Cambridge: Cambridge University Pressg. 2005, p. 114-115.

[265] Para Damásio, a memória de trabalho é um recurso cognitivo consistente na capacidade de manter representações em um espaço de trabalho temporário. *In verbis*: "A atenção — a capacidade de concentração num determinado conteúdo mental em detrimento de outros — estava também intata; igualmente intata estava a memória de trabalho, a a qual consiste na capacidade de reter informação durante um período de muitos segundos e de a manipular mentalmente." DAMÁSIO, António. **O erro de Descartes.** Emoção, razão e o cérebro humano. Companhia das Letras. Kindle.

[266] O Direito, para assegurar a forma acusatória do processo e tutelando ao máximo a imparcialidade do julgador delimita o que do *thema probandum* é imutável, a probanda última é, assim imodificável pela atuação do próprio julgador. Com maior profundidade: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2013.

[267] Com mais profundidade: IBARRA, Sebastián B. Lenguaje, lógica y algunas repercusiones de la (in)definición del *thema probandum.*In Quaestio facti. **Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio**, Vol 4, núm 1 pp. 1-34. 2023 10.33115/udg_bib/qf.i1.22807

[268], notadamente quando as partes não colaboram tecnicamente, indicando de forma precisa a *probanda* última e as demais que a integram ou que a respaldariam[269].

Ademais, relacionar, de um lado, os elementos de prova incorporados, e, de outro, os fatos-alegados (alegações de fato) que integram a hipótese em disputa[270] é indispensável para que faça sentido todo o ritual de formação comunitária do conjunto de provas, que também contempla o direito de participação e fiscalização (contraditório), valores estruturantes do sistema.

Assim, essa primeira etapa corresponde a uma preparação para a valoração, de modo a permitir que o julgador visualize: a) cada um dos elementos de prova (empíricos), de um lado, e b) cada uma das *probandas* (que integram a hipótese em disputa), de outro; sendo dele a responsabilidade de agir no sentido de promover toda a clareza necessária à maior fluência do pensamento.

2.5.2 O (re)exame e interpretação da prova: estabelecendo a evidência

Uma vez definido o conjunto de provas a ser valorado, bem assim a sua vocação precisa, deve-se passar a um exame com vistas à extração do seu significado. Num sentido figurado, pode-se admitir que as coisas falam ouque, em certa medida, se põem por si sós (item I.3.1) — claro que é muito mais fácil de apreender isso quando se está diante de um documento ou presenciando as declarações de uma testemunha ou perito, ou mesmo

---

[268] CPC - Art. 357 - Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: (...) II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; (...) §2o - As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz. §3o - Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

[269] Dierle Nunes (et. al) registram a importância do saneamento e organização das questões submetidas para evitar o enviesamento decisório (*debiasing* preventivo). NUNES, Dierle; SILVA, Natanael L. S.; PEDRON, Flávio Q. Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o *debiasing*. Salvador: Juspdium. p. 225 e ss.) Para maior aprofundamento sobre o saneamento compartilhado, vide NUNES, Guilherme de Paula Nascente. Notas sobre o saneamento compartilhado. In **Direito Probatório**. Coord. Marco Félix Jobim e William Santos Ferreira. Salvador. 2016. p. 673-690. Em relação ao processo penal espanhol, vide DE MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos. La delimitación del objeto de la controversia en la audiencia previa del juicio ordinario.**Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales**, 20.2, 141–172. 2018. Em sentido semelhante, Marcella Nardelli, que defende a necessidade de uma "proposição articulada dos fatos e elementos probatórios" como forma de "proporcionar ao júri melhores condições para compreensão do caso". NARDELLI, Marcella Mascarenhas. **A prova no tribunal do júri**. Uma abordagem racionalista. Rio de Janeiro, 2019, p. 488-493.

[270] Por vezes, no processo civil, apenas uma *probanda* penúltima é disputada (ou controvertida pelas partes); já no processo penal, a ausência de controvérsia não tem aptidão de retirar a hipótese do *thema probandum*.

assistindo o depoimento gravado em áudio e vídeo. Mas, na eventualidade de um exame da própria coisa, pelo julgador, esta, de certa forma, também estaria lhe "indicando" algo: é leve, é pesada, não funciona, assemelha-se a uma arma de fogo, ou não, está danificada.

A experiência direta com a prova, enquanto elemento empírico, ouvi-la, vê-la, senti-la, gera como resultado imediato um conhecimento, que assume a forma de um enunciado evidencial, ao qual chamaremos simplesmente de evidência[271] (**E**). A evidência deve ser compreendida como o aquilo que se pode estabelecer com a máxima objetividade – com a pretensão de máxima intersubjetividade –, sem que se faça necessário qualquer argumento ou justificativa adicional[272]; ou seja, a experiência sensorial do julgador autoriza que o mesmo estabeleça o enunciado correspondente àquilo que viu e/ou ouviu: o julgador estabelece $\mathbf{E_1}$, «João disse que viu Pedro esfaqueando José», simplesmente porque ouviu e viu João, testemunha, dizendo que viu Pedro esfaqueando José. O conhecimento evidencial a ser estabelecido é, pois, o enunciado diretamente resultante da experiência (preponderantemente) empírica do julgador, o que seguirá como uma espécie de matéria prima para etapas seguintes da valoração.

Isso não significa a dizer que a evidência não possa ser problematizada pelo próprio julgador ou pelas partes, durante ou após a incorporação da prova – aliás, uma das funções do contraditório é justamente permitir se aponte, evitando ou retirando, suas (possíveis) ambiguidades e contradições —, tampouco a evidência se trata de uma espécie de conhecimento à prova de erros. A propósito, já se disse que a evidência é carregada de um potencial alucinatório (item I.3.1), por conta de problemas de percepção e/ou por conta de seu poder de expansão, que opera de maneira inconsciente (item 4.2); daí a imprescindibilidade de sua contenção[273].

---

[271] O termo *Evidence* é utilizado tanto para designar a própria coisa ou pessoa como para se referir ao resultado da experiência sensorial sobre as mesmas: "When lawyers use the term "evidence" in this way, they have in mind what epistemologists would think of as "objects of sensory evidence" … The term "evidence" can, secondly, refer to a proposition of fact that is established by evidence in the first sense. This is sometimes called an "evidential fact". HOCK LAI, HO. **The Legal Concept of Evidence.** Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2021 https://plato.stanford.edu/archives/win2021/entries/evidence-legal Acesso 07 fev. 2023.

[272] Douglas Walton registra defende que evidência se jsutificaria ante à ausência de razões que apontassem para uma anormalidade da experiência sensorial: "for another example, I believe that there is a cat in front of me. I believe this because there appears to be a cat in front of me. That seems to be ample evidence. Of course, we can think of situations where I would be wrong. I might be hallucinating, or there might be a hologram of a cat, or there might be a mirror and the cat I think I see in front of me is actually behind me. But I have no reason to believe that I am hallucinating, and there is no evidence of a holographic projector or of a mirror. The absence of evidence that my perceptual circumstances are abnormal provides part of the justification for my belief that there is a cat in front of me". (WALTON, Douglas. **Argument Evaluation and Evidence.** Cham: Springer International. Publishing AG, 2015, p. 228). "Perception: having a percept with content Y is a prima facie reason to believe Y" (*op. cit*. 270).

[273] À medida em que se entender que se pode razoavelmente desafiar aquilo que é estabelecido como se

Essa experiência (preponderantemente) sensorial, combinada com o pensamento que lhe é concomitante, que autoriza se estabeleça o enunciado evidencial, é o que parte da doutrina chama de «interpretação da prova»[274]. Calamandrei parece ter sido quem primeiro

---

evidência fosse, ou seja, à medida em que se reconheça necessário algum argumento ou razão, para justificar um determinado enunciado que se colocaria como resultado direto de uma experiência sensorial, está-se diante daquilo que Fernando Gil chamou de expansão da evidência (vide. I.1.3.1). Vitor Paula Ramos, tratando da valoração da prova documental, aprofunda a ideia de indexicalidade, ou seja do caráter indicativo de um determinado fragmento de realidade (documento, o resultado) apresenta, como, por exemplo, a capacidade de indicar ou "apontar para" uma outra realidade que ficou no passado (sua causa); ali, aborda a ideia de sentido mínimo dessa idexicalidade. Definir esse sentido mínimo – estabelecer aquilo que todos adeririam – equivale exatamente à mesma ideia de contenção da evidência. Referindo-se especificamente ao documento fotográfico, o autor assevera "um ponto interessante, entretanto, é que, apesar de a fotografia, em tese, ter múltiplos sentidos, em geral existe algum *elemento mínimo de sentido*, que faz com que ninguém ao ver a foto do presidente Obama, diga que viu um carro, ou um abajur. Nas palavras de Barthes, mesmo quando há um efeito de ancoragem gerado por uma legenda em uma fotografia, é (im)possível que a palavra dobre a imagem. No mínimo dos mínimos a indexicalidade denotará, por exemplo, uma mancha em uma foto desfocada. Esse será um elemento indexical. A dificuldade será, sempre, em casos reais e de interesse para o direito, delimitar qual é o sentido mínimo que uma imagem, um vídeo ou um áudio podem possuir (...)" RAMOS, Vitor de Paula. **Prova documental**. Do documento aos documentos. Do suporte à informação,Salvador, 2021.

[274] "Mediante la interpretación se fija el contenido objetivo de ciertos medios de prueba que es asunto anterior a la fuerza de convencimiento.". (DE LA OLIVA SANTOS, a. Derecho procesal civil. El proceso de declaración, p. 337). No mesmo sentido, NAVARRO, José Bonet. **La Prueba en el Proceso civil:** cuestiones fundamentales. Madrid: Difusión jurídica, 2009, p. 237). Para Luis Jaramillo, a interpretação "[…] recae básicamente sobre el contenido literal o textual de la prueba. En esta oportunidad se examinarán dos tipos de aspectos de la interpretación probatoria: De una parte, la exigencia general de correspondencia entre las pruebas base de la decisión y el acervo probatorio; de la otra, el caso especial de algunos medios de prueba. (JARAMILLO. Luis Bernardo Ruiz. **El derecho constitucional a la prueba y su configuración en el Código General del Proceso colombiano.**Tese de doutorado perante a Universitat Rovira i Virgili (España), 2017, p. 335); Para Abel Luch: "*5.1. La interpretación de los resultados probatórios:* (...) aun cuando la interpretación es el contacto inicial del juez con el resultado del acervo probatorio en esta operación mental el juez puede iniciar —y de hecho, inicia— ya su proceso valorativo, cuando menos en su fase más incipiente. (...)En la fase de interpretación se requieren del juez las actitudes de retención, selección e identificación. De retención de la declaración de las partes o del testigo, de la máxima aportada por el perito, del fragmento o parte del documento, del detalle percibido en el lugar, objeto o persona examinados en reconocimiento judicial. De selección de la información decisiva aportada por las partes, testigos o peritos o de los datos extraídos de los documentos y las percepciones judiciales. Y de identificación de informaciones y datos relevantes con los hechos controvertidos. (...) El desideratum de esta fase de interpretación es que el juez haya extraído ya una «información» probatória relevante para fundar la decisión judicial y pueda ponerla en relación con los hechos controvertidos.". LLUCH. Xavier Abel. **La valoración de la prueba en el proceso civil**, Madrid, 2014.

É oportuna a distinção que Daniel Lagier faz "*entre hecho externo, hecho percibido y hecho interpretado y los problemas de la concepción común.* Esta concepción tradicional de los hechos parece no tener en cuenta una ambigüedad importante de la palabra "hecho", que se usa indistintamente para referirse a un hecho externo, a la percepción de un hecho o a la interpretación de un hecho. Para deshacer la ambigüedad, llamaré hecho externo al hecho como acaecimiento empírico, realmente ocurrido, desnudo de subjetividades e interpretaciones; hecho percibido al conjunto de datos o impresiones que el hecho externo causa en nuestros sentidos; *y hecho interpretado a la descripción o interpretación que hacemos de tales datos sensoriales, clasificándolos como un caso de alguna clase genérica de hechos*. Así, no es lo mismo el hecho real de que Juan agita su brazo, la percepción que un observador tiene de esse movimiento, esto es, los datos sensoriales que tal hecho externo causa en su mente, y la interpretación que hace de esos movimientos, como un saludo, una amenaza, un aviso de algún peligro, etc. *Pues bien: entre el hecho externo y el hecho percibido pueden surgir problemas de percepción, y entre el hecho percibido y el hecho interpretado, problemas de interpretación."* (GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. **Quaestio facti** (ensayos sobre prueba causalidad y acción). Lima: Palestra Editores, 2005. p. 5). Isso não se contrapõe ao que se defende aqui; que o juiz, após perceber a realidade empírica, estabelece a evidência mediante a interpretação daquela realidade. Isso porque, como tem que converter a experiência vivida, ou o fato percebido, em linguagem, para torná-lo ponto de partida da cadeia de suporte da *probanda*, inevitavelmente o enunciado evidencial corresponderá efetivamente ao fato (percebido e) interpretado. Por outro

deu destaque a essa separação (lógica) entre a interpretação da prova e a sua valoração em sentido estrito[275]. Nieva Fenoll, por outro lado, entende que tal classificação não teria relevância, notadamente prática, justamente porque seriam inseparáveis[276].

Todavia, tal separação pode ser útil, notadamente porque pode situar a discussão sobre eventual erro em um ponto ou questão definíveis com maior objetividade, onde eventual dissenso do julgador poderia ser tomado como indicativo de um equívoco, um deslize, ou mesmo de um inadmissível voluntarismo[277], algo como "percebe-se ouvindo a gravação que a testemunha não disse o que o julgador disse que ela disse"[278]; tanto é que Fenoll, quase que como se desdissesse, chega a admitir que "os erros na interpretação da prova seriam mais

---

lado, os problemas de percepção e de interpretação conformam a razão da necessidade de contenção da evidência.

[275] CALAMANDREI, Piero. **La genesi logica della sentenza civile, in Opere Giuridiche**, vol. 1. Roma: Roma TrE-press, 2019, p. 21.

[276]Segundo Fenol, essa distinção não existiria no plano da realidade da mente do julgador, porquanto, desde o momento em que entra em contado com a prova. *In verbis*: "Por ello, utilizando su raciocinio deberá sacar unas conclusiones sobre lo que ha escuchado o visto. Esa extracción de conclusiones sería la valoración de la prueba. Pero como es sobradamente sabido, esas conclusiones no se sacan en un momento absolutamente preciso durante el proceso, sino que el juez irá deduciendo esas conclusiones sobre la marcha 12. Sería sencillo decir que el juez realizará esa actividad desde el instante en que tiene a su disposición el resultado del medio de prueba, y hasta el momento en que firme la sentencia. Es decir, si ponemos el ejemplo simple de la declaración de un testigo, el juez empezaría a valorar desde que el testigo responda —o no— a la primera pregunta (uma dada testemunha, p. ex.), passa inexoravelmente a valorá-la" (…) "Por ello, si bien es cierto que en el mundo de las ideas podemos distinguir entre «interpretar» y «valorar», en la realidad de la mente humana no existe esa distinción, ya que sin sensación no hay percepción, como recuerda la doctrina psicológica, dado que la percepción dota de significado a las sensaciones. Lo cual hace que la distinción jurídica entre interpretación y valoración sea en realidad estéril. Incluso aunque el juez escuchara mal lo que dice un testigo, no cabría distinguir entre interpretación y valoración, puesto que el juez valorará lo que cree haber oído." (NIEVA FENOLL, Jordi. **La valoración de la prueba**. Madrid:Marcial Pons, 2010, p. 28-30). Não se questiona isso; aliás isso já foi reconhecido como a forma normal de pensar; o que se defende aqui é que há um passo que o Sistema exige seja dado e que o julgador tem a responsabilidade de fazê-lo conscientemente, controladamente, de forma que o que se defende aqui é mesmo, insista-se, é a necessidade de um esforço de atenção e de concentração, bem assim, a contenção dessa natural tendência de expandir a evidência.

[277] "Se trata de *un control objetivo, de carácter binario de existencia de los datos probatorios*; o como se menciona antes (apartado 1.3.3.9.) del «contenido literal o textual de la prueba». Ciertamente, a veces los jueces pueden errar en la interpretación del acervo probatorio por suposición o por omisión, o por tergiversación del mismo. Puede verse que se trata de problemas relacionados con la existencia de la prueba o de los hechos, pues el juez en la sentencia puede erróneamente suponer o simplemente omite, o también tergiversar su contenido. En estos eventos el juez rompe con la coherencia que debe existir entre lo que textualmente existe en el acervo probatorio y los datos de prueba sobre los que se basa la decisión."(JARAMILLO,*op. cit.*, p. 335). "Es fundamental para el resultado dc la prueba y de la sentencia que la percepción sea correcta, ya que es indispensable separar la inferencia que de los hechos pueda hacerse, de su simple percepción, Jo que no siempre es fácil. por la natural tendencia a analizar o razonar sobre ellos aun inconscientemente, inclusive cuando se los percibe en forma directa, como en una inspección judicial. (…) Debe ponerse el máximo cuidado en esta operación perceptiva, para precisar con exactitud, en cuanto sea posible, el hecho, o la relación, o la cosa, o el documento, o la persona objeto de ella, pues sólo así se podrá apreciar luego su sinceridad y su verdad o falsedad.". ECHANDIA. Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial**. Buenos Aires: V.P. de Zavalía, 1976, p. 290-291.

[278] Eventual ambiguidade da narrativa fornecida/indicada por um determinado elemento de prova, ao contrário de viabilizar um subjetivismo/discricionariedade, dando alguma liberdade ao julgador e restringindo o controle, sobrelevar-se-ia como uma má-qualidade, que pode inclusive levar à sua imprestabilidade.

perceptíveis"[279], o que reforça que a ideia de estabelecer a evidência pode viabilizar um critério útil e com operabilidade prática voltado a divisar as questões que seriam conhecidas via Revisão Criminal, Habeas Corpus ou mesmo via recursos extraordinários, o que é mais que suficiente para respaldar a importância da distinção proposta.

Aliás, o plano da interpretação já pode reter toda a discussão voltada a definir se a *probanda* encontra, ou não, suporte na prova incorporada ao processo, justamente porque a evidência corretamente estabelecida (ou bem contida) pode não guardar com ela qualquer espécie de relação, o que tornaria desnecessária toda a análise de um complexo de vínculos e razões que se seguiria e que apresentaria uma maior dificuldade de intersubjetivação.

2.5.3 A valoração em sentido estrito: o raciocínio probatório

2.5.3.1 Aferindo o suporte conferido pela evidência à probanda

A interpretação de um dado elemento de prova pode gerar três situações possíveis:

i) *ausência de prova*– uma evidência que não guarde qualquer relação com a *probanda*;

ii) *prova direta*– uma evidência que apresente uma relação direta com alguma *probanda*, o que se configura quando a *probanda* corresponde ao que a prova (elemento empírico) indica (indexa) ou "enuncia", como no caso de um laudo de exame cadavérico, que registra a morte de José em decorrência de lesões provocadas por uma faca, ou de uma testemunha que afirma que "viu Pedro esfaqueando José", quando o resultado morte, a sua causa e autoria consistirem nas*probandas* penúltimas.

iii) *prova indireta*– uma evidência que apresente uma relação indireta com alguma *probanda*, por relacionar-se diretamente com enunciados (fáticos) diversos desta, mas que servem como razão para favorecer (ou mesmo dificultar) a sua admissão, como no caso de a testemunha acima ter declarado que "viu Pedro deixando o local em que José foi esfaqueado pouco antes de percebida e alarmada a agressão", ou que "presenciou quando Pedro, agredido por José, o jurou de morte".

A compreensão do raciocínio que deve se seguir ao estabelecimento da evidência

---

[279] "Los errores derivados de una mala comprensión son más fáciles de demostrar, pero es que los errores de valoración inspirados en prejuicios no se distinguen de los anteriores. Igualmente se traducen en una valoración defectuosa. La distinción entre unos y otros errores vuelve a ser, como digo, poco útil para definir el concepto de valoración.".NIEVA FENOLL, *op. cit.*, p. 31.

reclama uma aproximação com aquilo que se denomina de fato probatório ou *factumprobans*, que seria justamente aquele enunciado, que, assumido pelo julgador, funcionaria como apoio para que se possa estabelecer outro enunciado, o *factumprobandum* (ou *probanda*). Note-se que os conceitos de fato probatório e *factumprobandum* terminam sendo relacionais: probatório (*ou probans*) será o enunciado que servirá de apoio para se estabelecer o *factumprobandum*; este, por sua vez, pode coincidir com a própria *probanda* penúltima, encerrando-se a cadeia de suporte (prova direta), ou, não sendo o caso, poderá assumir a função de fato probatório (*probans*) e conferir apoio outro *factum probandum* (prova indireta).

Assim, o raciocínio que pode se seguir à interpretação de um dado elemento de prova, isoladamente considerado, pode assim representado graficamente:

$$E_1 \rightarrow H_1$$

ou

$$E_1 \rightarrow I_1 \rightarrow H_1$$

Onde: E_1 é uma dada evidência (ou enunciado evidencial), que opera como fato probatório, servindo de apoio a H_1 ou a I_1; H_1é a própria *probanda* penúltima; I_1é o fatoprobatório que encontra apoio da evidência e que dá suporte a H_1; "→" é todo um complexo de ideias explicativas sobre o porquê de E_1 favorecer a admissão de H_1como se fosse verdade, assim comode E_1 em relação a I_1 e de I_1 em relação a H_1. Assim,$E_1 \rightarrow H_1$ representa a prova direta e $E_1 \rightarrow I_1 \rightarrow H_1$, a prova indireta ou indiciária.

Perceba-se que a evidência mesmo no caso da prova direta não coincide com a *probanda*; esta nunca poderá ser estabelecida apenas pela experiência sensorial, dependendo sempre de outras razões de acreditação, justamente porque o julgador não presenciará, apreendendo por meio dos seus sentidos, o próprio objeto da prova (que é idealizado). Nesse sentido, Ferrajoli e Cordero dizem que a evidência coincidiria com a *probanda* apenas no caso dos crimes praticados em audiência, sendo que, aí, se teria a figura do juiz-testemunha.[280]

Assim, constatar (verificar empiricamente) que «João afirmou **H**» não é o mesmo que

---

[280] Confira-se: "A diferença entre provas diretas e provas indiretas é de J. Bentham, Traité des preuves, cit., liv. I, cap. V, p. 246: uma prova é "direta se imediatamente ligada ao fato que se quer provar; indireta se não o é". As vezes coincide com a diferença entre "provas" e "indícios" (por exemplo, G. Bellavista, Indizi, em Enciclopédia dei diritto, cit., XXI, p. 225). Na realidade, se forem excluídos os delitos cometidos durante a audiência, onde o fato probatório se identifica com o fato que se deve provar, as provas diretas não existem.". (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal, São Paulo, 2002, p. 145). "Es una cuestión de nomenclatura si son pruebas también los hechos que se han de probar, cuando los percibimos em lo vivo, mientras ocurren; algunos los llaman pruebas directas; el único caso que se puede hallar se refiere a los delitos cometidos em la audiência y juzgados durante la sesión (art. 476). Fuera ellos toda prueba es indirecta, ya que consiste em signos del supuesto hecho." CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**, tomo I. Trad. Jorge Guerrero. Editorial Temis, 2021, p. 63.

constatar **H**. Nesse caso, a evidência que se estabelece a partir da interpretação do elemento empírico (pessoa que depõe como testemunha) é «João afirmou **H**» (**E_1** = «joão afirmou **H**»), o que, no máximo, a depender de uma série de condições, poderá ser servir como razão favorável a que se estabeleça **H**, requerendo se defina em que medida **E_1** é determinante para isso.

Ainda explorando o exemplo dado, tem-se que nada se pode dizer sobre a medida da relação entre os enunciados "«João disse que viu quando José atirou em Pedro» (**E_1**) e «José atirou em Pedro»(**H_1**) se não se sabe quem é a testemunha, se ela tem histórico de mentiras, se tem boa acuidade visual, se estava posicionada num local que permitisse identificar José, se já conhecia José antes ou se aquela teria sido a primeira vez que o viu, se prestou essas declarações espontaneamente ou após determinadas perguntas fechadas, se conversou sobre o episódio com outras pessoas que o teriam também presenciado, se dispunha de parâmetros para fixar na linha do tempo o evento que diz ter presenciado etc; essas outras informações configuram enunciados secundários que em sua maioria não podem ser estabelecidos a partir daquela experiência sensorial que permitiu estabelecer **E_1**.

Questionamentos equivalentes, que podem ser feitos em relação a qualquer espécie de prova — documental, pericial etc.—, delineiam a ideia de *confiabilidade*, ponto de partida para a ideia de corroboração.

Ninguém adquirirá um apartamento de uma construtora falida, não importa o quão impressionante é o projeto ou maquete apresentada. A metáfora, que é de Zafaroni e que foi apresentada noutro contexto[281], ilustra muito bem esse primeiro passo na aferição do grau de apoio que uma determinada evidência pode fornecer a uma determinada *probanda*.

Para ir além do enunciado evidencial, o sujeito cognoscente deve se concentrar na sua origem, já que aquilo que se enuncia não poderia se sustentar sozinho, por sua plausibilidade ou verossimilhança (qualidade da maquete), reclamando conhecer a qualidade do seu apoio empírico, sua confiabilidade: o equivalente à solidez financeira, patrimonial e técnica da construtora.

O julgador avalia a confiabilidade da (fonte de) prova através de características que podem ser agrupadas em três categorias —honestidade, acuidade e objetividade —, buscando graduá-las[282], sendo certo que não poderá seguir um raciocínio de tudo ou nada.

---

[281] ZAFARONI, Eugênio Raul. Função da Criminologia nas Sociedades Democráticas. **Fascículos de Ciências Penais**, v 2. n 11, 1989, p. 171 e ss.

[282] A passagem de **E** para **H** pressupõe um raciocínio inferencial marcado pela análise de três características de **E**: (i) honestidade, (ii) capacidade observacional e/ou de memória e (iii) objetividade. Referindo-se à prova testeminhal, Anderson, Schum e Twining: " (...) The credibility attributes of a testimonial assertion. Assessing

É claro que passar de "a testemunha diz $\mathbf{H_1}$" ou "consta $\mathbf{H_1}$ do documento" para $\mathbf{H_1}$ depende também de uma boa condição de $\mathbf{H_1}$(plausibilidade, coerência interna), parecendo claro que não haverá análises completamente isoladas da fonte e daquilo que ela enuncia, mesmo porque há características inerentes à confiabilidade, mais especificamente à objetividade, que se vinculam menos à fonte e mais ao que ela enuncia.[283]

Já nos casos em que a narrativa fornecida diretamente pela (fonte de) prova não coincide com qualquer *probanda*, como no caso em que uma testemunha afirma que «viu João deixando o local da morte de José, em dado tempo e modo» e que a hipótese em disputa é justamente que «João matou José», a relação que se estabelece entre a prova e a *probanda* penúltima depende se agregue outro raciocínio (outro conjunto de razões) voltado a definir o quão a fuga do local do crime naquele caso é determinante para admissão da autoria.

Em apertada síntese, pode-se dizer que:

a) prova corroborará $\mathbf{H}$ sempre que configurar razão favorável à sua admissão e a refutará sempre que se conformar numa razão contrária; a refutação equivale à corroboração da «antítese de $\mathbf{H}$», que pode ser representada como $\mathbf{\neg H}$.

b) a aferição dessa corroboração, quer seja estabelecida diretamente ($\mathbf{E \rightarrow H}$ ou $\mathbf{E \rightarrow \neg H}$), quer indiretamente ($\mathbf{E \rightarrow I \rightarrow H}$ ou $\mathbf{E \rightarrow I \rightarrow \neg H}$), dependerá da confiabilidade que se atribuir à prova, enquanto fonte de informação e, nessa última configuração, dependerá também da aptidão que os enunciados intermediários estabelecidos têm para servir como razão para admissão daquele que lhe segue na cadeia de suporte.

---

the credibility of any testimonial assertion requires consideration of three attributes: veracity, objectivity, and observational sensitivity. The term "veracity" has caused many difficulties in studies of witness credibility. Suppose witness W tells us that event E occurred and we later discover that it did not occur. This must mean that we now have conclusive evidence that event E did not occur. Question: Was W lying to us in his testimony? The correct answer to this question is: "Not necessarily."Witness W might simply have been mistaken in his observation, or was not objective in forming his beliefs. So, a person is being untruthful in testimony only if this person testifies against his/her beliefs.We must be sure that challenges to a witness's credibility are based on the correct forms of ancillary evidence. For example, evidence that a witness has poor eyesight is not a challenge to the witness's veracity. Now consider the objectivity attribute. Suppose we believe that witness W is testifying in accordance with her beliefs. She testifies E∗, that event E occurred, and she firmly believes that event E did occur. Now the question is: On what basis did she form this belief? Did she form this belief based on accurate and objective understanding of her sensory evidence, or did she form it on the basis of what she either expected or wanted to occur? An illustration: We are all, on occasion, liable to believe what we either expect or hope will occur regardless of what our senses tell us. By definition, an objective observer is one who forms a belief based on evidence rather than on surmise [expectations] or on desires. Suppose we now believe that witness W's belief about event E was formed objectively on the basis of sensory evidence. The next question is: How good was this sensory evidence? So, we now come to the credibility attribute we have labeled "observational sensitivity.". ANDERSON, T., SCHUM, D., & TWINING, W. **Analysis of Evidence.** Cambridge: Cambrige University Press,2005, p. 63-67.

[283] A objetividade, aqui, pode ser compreendida como a máxima contenção da evidência, sob a perspectiva agora da própria testemunha – como um modelo limite que aproxima ao máximo o interpretado por esta daquilo que todos perceberiam se tivessem vivido a mesma experiência (preponderantemente) sensorial. Vide: I.3.1.

Assim, quer para relacionar a evidência ao enunciado que nela diretamente se apoia (prova direta), quer para relacionar eventual fato intermediário à *probanda*, indispensável se recorra a um raciocínio ou inferência, que justamente permite passar de um fato conhecido, e assumido como premissa, para um que se considera admitir ou conhecer.

2.5.3.2 Verificando a suficiência da prova: definindo o resultado da valoração

O juiz organiza, examina, interpreta e raciocina sobre as relações entre a evidência e a as *probandas*, mediante a aferição da confiabilidade das fontes, bem assim do quão determinantes, para a admissão da *probanda*, são os enunciados intermediários estabelecidos; faz tudo isso com vistas a verificar se há prova suficiente para que a hipótese em disputa (ou *probanda* última) seja admitida como (se) verdade (fosse). Em resumo, toda atividade probatória se volta em última análise à definição sobre a suficiência da prova.

Então, diante de toda essa gama de informações obtidas a partir dos passos anteriores, o julgador realizará uma análise conjunta de todos os elementos de prova e de todos os enunciados que nestes encontram o apoio, voltada a constatar se a corroboração à cada *probanda* penúltima atinge o grau de suficiência exigido pelo Direito.

Assim, não sendo o caso de estabelecer que a hipótese (ou, mais especificamente, qualquer das *probandas* que a integram) não encontra qualquer apoiona evidência estabelecida, dois poderão ser os resultados da (valoração da) prova:

a) se a prova fornecer o suporte suficiente, ter-se-á o «fatoprovado», que pode ser «**H**provada» ou mesmo «**¬H** provada»; ou

b) se nem a hipótese, que se busca provar, nem sua antítese obtiverem, da prova incorporada, suporte mínimo exigido, ter-se-á o «fato não provado» ou um *non liquet*.

O julgador, então, encerra a atividade de valoração da prova, (*i*) elevando a hipótese controvertida (ou sua antítese) à condição de suporte fático sobre o qual incidirá a norma ou (*ii*) reconhecendo que isso não foi possível, porque não atendidos os requisitos necessários.

Há quem defenda que a valoração da prova só iria até uma etapa prévia à aceitação (ou rejeição) da hipótese, que corresponderia à atribuição (ou verificação) da força corroborativa da prova à hipótese controvertida. Apenas em uma nova fase – a da decisão, que não se confundiria com a da valoração – é que o julgador admitiria um ou outro resultado[284].

Todavia, a valoração apenas se encerra com a verificação da (in)suficiência da prova,

[284] FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid, 2008, p. 47 e ss.

que é seu objetivo, não havendo sentido, notadamente prático, em imaginar a existência de uma espécie de resultado intermediário; de logo, porque essa fase posterior à valoração não encontraria qualquer "espaço de atuação" naqueles casos em que se reconhecesse:

a) que não há qualquer corroboração a **H** (ou a **¬H**) ou que não há como definir qual das hipóteses recebe maior corroboração, ou seja, nos casos em que se reconhece o «fato não provado»; ou

b) a existência de corroboração que leva a prevalência de**H**sobre**¬H**, ou vice-versa, sempre que o Direito não tiver fixado nenhum nível de suficiência mais exigente para o reconhecimento do «fato provado».

Ter-se-ia que reconhecer, assim, que nessas hipóteses não haveria a tal fase decisória,posterior à valoração, justamente porque não haveria (mais) espaço algum de decisão, mas apenas para a proclamação do resultado já alcançado: «fato provado» ou «fato não provado»[285]

Ademais, nos casos em o Direito exige um grau de suporte mais elevado, uma vez não alcançado o mesmo, seria completamente inútil o esforço voltado a precisar o "resultado epistemológico".

Difícil, também, enxergar dois raciocínios separados — um de viés puramente epistemológico, de aferição da força corroborativa da prova, e outro jurídico, de comparação desse grau de corroboração com aquele grau exigido pelo Direito, justamente porque, como dito acima (I.5.1), o julgador nunca pode iniciar o conhecimento da prova sem saber previamente o «para que» de sua atuação, qual seja a definição de um resultado que tenha repercussão jurídica; a ideia de suficiência, assim, não é só piso, mas é, também, guia da valoração[286].

Por fim, para admitir que haveria primeiro a aferição de um determinado "valor" e depois sua comparação com o nível de suficiência estabelecido pelo Direito, dever-se-ia ter uma espécie de mediador[287], que expressasse o grau de força epistêmica da prova em um

---

[285] Deve-se reconhecer que, apenas na hipótese de se reconhecer uma situação de inesclarecibilidade, ou seja, do reconhecimento do «fato não provado» é que o julgador deve adotar uma solução para o caso a partir da aplicação das consequências trazidas no ordenamento. Há aí um espaço de decisão, mas ulterior ao encerramento da atividade probatória.

[286] "We should agree with Allen that the trier of fact must always act cautiously, whether the trial is civil or criminal. But this does not mean that the demands of caution must remain the same despite contextual diff erences. The greater the stake involved in a finding of fact, the stronger must be the supporting evidence and the more diffi cult it must be to persuade her to make that finding; conversely, the lesser the stake, the lower the standard to be met. (…) But it remains true to say that the higher the risk of harm there is in one's action, the greater the caution that one must exercise to avoid that harm while so acting.". HOCK LAI, Ho. **A philosophy of evidence law:** justice in the search for truth. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 188.

[287] Como seria a tabela de "probabilidades" idealizada por Anderson (et. al.), que traz por exemplo uma escala de

determinado padrão, permitindo, depois, a comparação desse resultado com o mínimo exigido pelo Direito, também expresso nessa mesma unidade de medida ou noutra conversível. Esse mediador – conversor, que permitiria a cisão das atividades – simplesmente não existe, de sorte que, uma vez finalizada a aferição da corroboração fornecida pela prova, esta já deve vir expressa como «suficiente» ou «insuficiente»[288].

força probatória: «zero», «fraca», «improvável», «não muito provável», ... até chegar na «máxima» ANDERSON, T., SCHUM, D., & TWINING, W. **Analysis of Evidence.**Cambridge: Cambrige University Press, 2005, p. 230.

[288]Jordi Férrer admite que o resultado epistemológico equivaleria uma ordenação das hipóteses concorrentes, *in verbis*: "El grado de corroboración o de soporte inductivo de las distintas hipótesis en conflicto puede compararse, lo que permite hacer una ordenación de las hipótesis, pero no se puede cuantificar numéricamente la probabilidad de cada una de ellas (cosa bastante intuitiva para un jurista)" (FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid, 2008, p. 122). Isso termina reforçando o aqui defendido, posto que essa ordenação já é o próprio resultado da atividade probatória como um todo; não havendo mais qualquer espaço de decisão: a) se se conseguiu enxergar razões para fazer **H** preponderar sobre **¬H** ou mesmo deixar **H** sozinha, sem concorrentes, tem-se, automaticamente, «**H** provada»; b) se se obtém uma ordenação em que **H** figura à frente de uma lista de hipóteses concorrentes (**¬H**$_1$, **¬H**$_2$, **¬H**$_3$ ...**¬H**$_n$), mas que não puderam ser agregadas e reconhecidas como exaurientes **¬H**, ter-se-ia «**H**não provada».

3 O SISTEMA

As duas correntes que polarizam o debate sobre a prova judicial, paradoxalmente, terminam por convergir em um ponto: ambas defendem a não interferência de regras jurídicas na atividade de valoração da prova, ou porque sequer chega a configurar uma área (diretamente) juridicizável ou porque a valoração da prova deveria ser entregue exclusivamente à Epistemologia, que cumpriria esse papel nomológico, tal qual as regras técnicas em relação a uma intervenção médica, v. g.

Não há, por parte dos subjetivistas, uma específica defesa do afastamento das regras jurídicas relacionadas à atividade de valoração da prova; trata-se de uma consequência natural da ideia de que o sistema processual não comportaria (ou não deveria comportar) uma valoração na acepção mais rigorosa do termo, de sorte que aferir a eficácia da prova não chegaria propriamente a configurar um problema, exceto se o resultado fosse seguido de uma motivação inválida, esta, sim, atividade juridicizável.

Já a Escola Racionalista, do reconhecimento de que a finalidade da prova é a averiguação da verdade histórica, salta para a defesa da chamada *prova livre*, que assume as feições daquilo que Echandia chamou de princípio da valoração[289], segundo o qual o significado da prova deve ser aferido concretamente pelo julgador seguindo apenas as regras da lógica e da Epistemologia[290], as quais terminariam contraindicando a interferência de regras jurídicas notadamente para a valoração[291], quer estas assumissem a condição de limitadoras da força, de (in)validação de um determinado raciocínio ou fossem voltadas a incentivar, ou mesmo forçar a incorporação de uma prova que permita um maior controle[292].

---

[289] ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba Judicial.** Buenos Aires: V.P. de Zavalía, 1976, p. 133.

[290] "Reglas epistemológicas o garantías de verdad: (…) iv) Se proscribe el esquema de valoración tasada y se impone el de libre valoración, interpretado como un principio metodológico (negativo) que permite al juzgador no dar por probados enunciados fácticos que estime insuficientemente probados(…)". GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos en el derecho:** bases argumentales de la prueba. Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 105.

[291] Gustavo Badaró, referindo-se à valoração da prova, "não se trata de um contexto em que o legislador deva ter primazia. Cabe fundamentalmente à epistemologia definir o melhor método para que se possa considerar um conhecimento fundado em provas como verdadeiro. O processo judicial não pode prescindir de métodos utilizados pela teoria do conhecimento. (...) Assim, racionalidade do método de valoração da prova não é determinada pela lei positiva, mas pelas regras da epistemologia.". BADARÓ, Gustavo. A inferência probatória e a justificação do juízo de fato no processo penal. In: MALAN, Diogo et al (Orgs). **Processo Penal Humanista.** Escritos em homenagem a Antonio Magalhães Gomes Filho. Belo Horizonte, 2019, p 73.

[292] Anderson (et. al.) aponta, como meio de coarctar a liberdade do julgador, a exclusão ou redução da aptidão de uma determinada espécie de prova em relação a uma determinada espécie de probanda – como é o caso da regra americana que proíbe, por razões políticas, que se atribua, aos atos posteriores de correção de riscos ou reparação dos danos, a aptidão de provar a assunção de responsabilidade, do testemunho de ouvir dizer etc. (ANDERSON, T., SCHUM, D., TWINING, W. **Analysis of Evidence**. Cambridge, 2005, p. 299 e ss.). Para Alex Stein, a interferência poderia consistir na determinação de encargos, padrões ou pressupostos probatórios, ou controlando

É certo que o ordenamento jurídico brasileiro absorve as principais premissas da Escola Racionalista da prova (vide I.2): a) que é possível conhecer a realidade, inclusive a que ficou no passado; b) que esse conhecimento pode operar-se em bom nível de segurança/qualidade; c) que esse "resgate" do passado é fundamental para a justiça da decisão; e d) que esse resgate, ante às limitações do conhecimento humano, opera-se num ambiente de incerteza, ou seja, sempre carregará algum risco de erro.

Mas tais premissas autorizam concluir que o sistema de valoração poderia se resumir a uma abertura para a Epistemologia e demais ciências?

Pensar em aceitar uma dada hipótese (**H**) como verdadeira remete automaticamente a perquirir quais as razões justificariam (ou levariam adequadamente a) essa crença; ademais, caso **H**verse sobre uma dada realidade empírica, a única justificativa apropriada seria aquela baseada em razões epistêmicas, ou seja, em critérios indicativos do que é verdadeiro[293], não havendo como negar que o modelo teórico que apresenta o menor risco de erro que o entendimento humano pode alcançar é aquele delineado pela Epistemologia e pela Ciência.

Não há mesmo sentido em desconsiderar os saberes produzidos pelos epistemólogos, sobretudo aqueles que se dedicam à prova judicial, e pensar em construir, do zero, um critério de verdade compatível com a ordem jurídica, mesmo porque esta, reitere-se, importa-se com o valor verdade ou com a correção material do juízo fático-probatório[294].

Assim, deve-se mesmo fazer uma concessão à chamada «doutrina da confiança epistêmica», que contraindica a interferência de qualquer tipo de regulação da averiguação da verdade[295], o que, todavia, não significa aderir a uma ideia forte de prova livre[296], notadamente sua versão mais radical[297]; de logo, porque não parece válido pensar no julgador

---

o peso da base probatória sobre a qual se fará suas estimativas de probabilidade. As regras de valoração, por sua vez, compreenderiam quatro tipos: aquelas que excluem a eficácia da prova em que o risco de erro é muito alto (regras de exclusão) ou que não sejam inaceitavelmente altas ainda são mais arriscadas que outros meios de prova possíveis (regras de prevenção, como a regra de "incentivo" para que se incorpore a mehor prova); aquelas que precisam de provas adicionais devido a certos riscos (regras de corroboração); e aqueles que regulam o balanço entre os interesses de reduzir o risco de erro e reduzir o custo de reduzir esses riscos (regras de eficiência). STEIN, Alex. The Refoundation of Evidence Law. **Canadian Journal of Law & Jurisprudence**, 9(2), p. 279-342, 1996).

[293] DEI VECCHI, Diego. **Los confines pragmáticos del razonamiento probatório**. Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio, Zela, Lima, 2020, p. 49.

[294] STEIN, Alex. **Foundations of Evidence Law**. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 113.

[295] HAMER, David A., The Truth Will Out? Incoherence and Skepticism in Foundations of Evidence Law. **Modern Law Review**, Vol. 70, p. 318 - 338, 2007, p. 325.

[296] A prova livre, notadamente quando se projeta sobre a valoração da prova, é também chamada de Sana Crítica Racional. DEI VECCHI, Diego. **Los confines pragmáticos del razonamiento probatório**. Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio, Zela, Lima, 2020, p. 49.

[297] Na sua visão mais radical ("benthaniana"), a prova livre pode ser compreendida como a que asseguraria (i) o livre acesso à informação, entendida como a ausência de regras que excluem provas; (ii) a livre valoração da prova, ou seja a ausência de regras formais de condicionem a aferição da sua força de determinados itens de

como um epistemólogo (ortodoxo) fazendo um exercício intelectualista ou como um cientista em um laboratório.

Ademais, ainda que se pense que o Sistema teria por finalidade *única* a redução do risco de erro que permeia cada uma de suas operações, é necessário reconhecer que este equivale à soma do risco inerente ao modelo teórico com aquele que se associa à sua não concretização integral — conjunto probatório precatório, julgador sem a devida habilidade/preparo —, o que impõe se reflita sobre se, e em que medida, se deveria abdicar do melhor modelo teórico (a prova livre) caso este projetasse um resultado pior que aquele que se alcançaria com a interferência de alguma regra "artificial"[298].

Não se pode descuidar, ainda, que o Sistema deve se voltar a promover também a alocação do risco de erro adequada ao ordenamento e, como defende Stein[299], a alocação do risco de erro é pervasiva, ou seja, o balanço entre os riscos das duas espécies de erro — «falso positivo» e «falso negativo» será afetado por qualquer ajuste que se faça nos critérios que regulam a formação do conjunto (admissibilidade) ou a aferição do seu significado (valoração)[300].

Por último, vale registrar que, se se pode reconhecer que a prova livre seria o modelo mais vocacionado à preservação do valor «correção material da decisão» (ou à redução do

---

prova; (iii) liberdade de decidir, ou seja ausência de regras que condicionem o dar por provado, como regras de ônus ou standards de suficiência; (iv) a ausência de controle hierárquico sobre o juízo fático-probatório. TWINING, William. Freedom of Proof and the Reform of Criminal Evidence. **Israel Law Review**, vol. 31, no. Issues 1-3, p. 439-463, 1997, p. 448-449.

[298] Stein defende que a "prova livre" apenas seria plausível numa situação em que a averiguação dos fatos também pudesse ser livre; *in verbis*: "natural fact-finding ideas could … only be plausible if adjudicative fact-finding were ''natural'' in some unadulterated epistemological sense.". STEIN, Alex. **Foundations of Evidence Law**. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 113.

[299] Idem, p. 64.

[300] David Hamer faz crítica à ideia de que a restrição da admissibilidade de determinadas provas (exclusionary rules) seria um meio de alocação do risco de erro, segundo ele, "Stein notes that erroneous exclusion or admission would 'distort the ultimate probabilities of guilt and innocence' and talks in terms of the relative costs of ultimate errors – false positives and false negatives. Erroneous admission might bring about a wrongful conviction. But it is misleading to equate the two. A wrongful conviction might have occurred in any event. And there are other possibilities. The erroneous admission of impeachment evidence may bring about or happen to coincide with a correct conviction. And despite erroneous admission, there may be a correct or erroneous acquittal. A similar set of outcomes can be associated with the erroneous exclusion of impeachment evidence. The uncertain impact of erroneous application makes it dificult to view the exclusionary rule as an exercise in risk allocation. The motivations for the rule are more likely to be along the lines of those for the related similar fact rule discussed above – a concern that the prejudicial evidence will be misused by the fact-finder, interfering with the pursuit of factual accuracy, the proper operation of the criminal standard of proof, and the policy goal of rehabilitation" (HAMER, David A., The Truth Will Out? Incoherence and Skepticism in Foundations of Evidence Law. **Modern Law Review**, Vol. 70, p. 318 - 338, 2007, p. 327). Hamer não percebe, todavia, que a ideia de alocação de risco não equivale a cancelar uma determinada "quantidade" de risco uma espécie de erro ao custo de criar a mesma "quantidade" de risco de erro de um outro tipo; parece que nesse "mercado", como em todos, também haverá perdas. Essa visão restrita do que seria alocação não se justifica; não pode ser usada para afastar, de plano, a opção pela redução do risco de um evento que se considera extremamente danoso à custa do incremento (mesmo que em maior proporção) das chances de um erro de se toma como de menor impacto negativo.

risco de erro), não há como negar que ela ainda poderá ser coarctada ante à necessidade de se preservar outros valores concorrentes, especialmente no que diz respeito ao processo criminal. Não se pode perder de vista que a prova penal funda-se, também, em princípios fundamentais, em particular os da dignidade humana, presunção de inocência, contraditório, que poderão gerar restrições a uma busca desinibida da verdade ou da decisão correta; daí porque tais princípios, juntamente com a *prova livre*, devem formar "o" ponto de partida para qualquer discussão sobre o modelo a ser adotado.[301]

Daí, o máximo se poderia reconhecer é que nosso ordenamento admite uma ideia de prova livre mais moderada, compreendida como um princípio que assegura que toda prova relevante deve ser admitida, desde que não haja uma razão relevante em contrário[302], e de que deverá se preservar a liberdade na valoração da prova (entendida com ausência de regras de peso), desde que não haja uma razão relevante.

Em síntese, admite-se que a busca do caminho ideal para extrair o verdadeiro significado da prova não pode desprezar aquilo que já foi alcançado por aqueles que se dedicam ao estudo do conhecimento humana; todavia, optar por uma ideia radical de elevar ao máximo as chances de alcance da verdade (ou de correção da decisão) reclamaria se superasse as seguintes questões:

a) a *prova livre*, conformadora do melhor critério de verdade, sempre maximizará as chances de se chegar ao resultado adequado, se já se sabe que na grande maioria dos casos não se conseguirá materializar o conjunto probatório e o julgador ideais?[303]

b) há um consenso sobre qual seria a "epistemologia" (mais) adequada à valoração da prova judicial, que pudesse afastar o jurista da discussão sobre eventual maior ou menor compatibilidade com o sistema processual de uma ou de outra corrente?[304]

---

[301] TWINING, William. Freedom of Proof and the Reform of Criminal Evidence. **Israel Law Review**, vol. 31, no. Issues 1-3, p. 439-463, 1997, p. 463. No mesmo sentido: BARROSO, Anamaria Prates. **A racialização do processo penal como forma de enfrentamento do racismo nas práticas processuais penais: por um processo penal não racista**. Tese de doutorado em Direito Constitucional perante o IDP. Brasília, 2022, p, 126 e ss.

[302] P. ex.: THAYER, J. B. **Preliminary Treatise on Evidence at Common Law**.Boston: Littel, Brown and Company, 1998, p. 530.

[303] O acréscimo de uma nova prova $\mathbf{E_{10}}$ a um dado conjunto probatório **E**, ou a maximização da eficácia probatória de $\mathbf{E_{10}}$ (ausência de uma regra que limite o seu valor), tenderá sempre a aumentar as chances da melhor aproximação com a verdade histórica, independentemente das características de $\mathbf{E_{10}}$, das capacidades intelectuais do julgador e dos meios que tiver à disposição deste, como tempo ideal, apoio ideal (o perito adequado, p. ex)?

[304] Referindo-se à motivação do juízo fático-probatório, Angélica Cabral registra: "embora a epistemologia, que seria a principal fonte de subsídios capazes de sanar essas deficiências da disciplina jurídica relativa à formação racional do convencimento judicial sobre fatos relevantes (o assim chamado "juízo de fato"), também não se revele apta a, por si só, resolver esta complexa problemática, devido, em parte, ao fato de ser impossível identificar, atualmente, qual a teoria epistemológica predominante, não se pode prescindir de suas contribuições,

A Escola Racionalista tradicional parece ter se limitado *i*)à defesa de um modelo ideal (para o conhecimento dos fatos) e, quando muito, *ii*) à crítica das práticas que não se adequassem a ele; recusando-se a mediar uma discussão sobre eventuais concessões que se pudesse fazer nesse modelo teórico, preferindo defender, por exemplo, que as proibições probatórias são regras de outra ordem ou imposições que vêm de fora para dentro e não propriamente regras probatórias[305]. Daí que seus adeptos foram considerados, em sua maioria: *i*) "racionalistas aspiracionais", porque a defesa do modelo ideal vem acompanhada de um desejo de sua factibilidade, sendo certo que alguns assumiam uma postura crítica das práticas judiciais inadequadas; *ii*) "racionalistas otimistas", porque acreditavam que um nível ótimo do modelo ideal seria concretizável sem maiores problemas; ou ainda, *iii*) parte deles, "racionalistas complacentes", porque toleravam a assimetria entre o ideal e as praxes judiciais, já que isso não configuraria propriamente um problema "deles"[306].

Essa postura — de parar na crítica da assimetria entre o modelo de prova ideal — não é, todavia, permitida para aquele que quer desenhar (ou mesmo fazer emergir) um Sistema de

---

ainda que conflitantes. Assim como não podem ser ignoradas as normas integrantes da disciplina normativa sobre o convencimento judicial, não se pode prescindir das contribuições da epistemologia. Mesmo que não exista uma hegemonia entre as principais teorias da epistemologia, através de seu exame, pode-se obter subsídios para a construção de um modelo normativo mínimo para a fundamentação do juízo de fato.". CABRAL, Angélica Mota. **Processo e racionalidade:** a necessidade de um modelo normativo para fundamentação do juízo de fato. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2020, p. 116.

[305] Alex Stein defende que a configuração dos "critérios de verdade" não poderia ser vista como possuidora de uma vocação meramente epistêmica; já que a necessidade de se administrar o risco de erros se oporia a uma visão simplista (ou monista) de que as finalidades do processo poderiam ser agrupadas em epistêmica (redução de erros ou retidão) e não epistêmica (proteção de outros valores, como intimidade etc.). STEIN, Alex. **Foundations of Evidence Law**. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 114 e ss.

[306] "This account of the Rationalist Tradition has an analytical (as well as an historical) aspect. Analytically, it is an attempt to reconstruct in the form of an "ideal type" an account of a set of basic assumptions about the aims and nature of adjudication and what is involved in reasoning about disputed questions of fact in that context. The test of success of this ideal type is its clarity, coherence, and usefulness as a tool of analysis of evidence discourse and doctrine. But in applying this test, it is important to distinguish between aspirational and complacent rationalism in respect of adjudication. The claim that the modern system of adjudication is "rational" is a statement of what is considered to be a feasible aspiration of the system; it does not necessarily involve commitment to the view that this aspiration is always, generally, or even sometimes, realized in practice. It is commonplace within the Rationalist Tradition to criticize existing practices, procedures, rules, and institutions in terms of their failure to satisfy the standards of this aspirational model. It is also useful to differentiate a third category, which might be referred to as optimistic rationalism. In invoking prescriptive standards, one often makes some judgment about the prospects for attaining or approximating such standards in practice in a given context. In the case of many writers on evidence and judicial process who accepted some variant of Part A of the rationalist model of adjudication, it is reasonable to attribute to them the view that its standards represent a feasible aspiration rather than a remote or unattainable Utopian ideal. Even virulently critical writers such as Bentham and Frank can be shown to have believed that their own favored recommendations would in practice lead to significant increases in the level of rationality in adjudication. They were optimistic rationalists. In brief, almost all the leading writers in the mainstream of Anglo-American evidence scholarship were aspirational rationalists; most were optimistic rationalists most of the time; and many, but by no means all, were fairly complacent about the general operation of the adversary system in their own jurisdiction in their day.". ANDERSON, T., SCHUM, D., TWINING, W. **Analysis of Evidence**. Cambridge,2005, p. 80-81.

prova judicial que se incorpore a uma ordem jurídica concreta. Ademais, a Epistemologia parece não poder sozinha definir o modelo subótimo, porque inevitável superar várias questões de ordem moral[307], como: aferir o risco que será ser tolerado — caso a caso e das operações do Sistema na totalidade; definir quanto se poderia "pagar" para maximizar as chances de alcançar esse patamar, conforme já visto (I.2.3).

Assim, partir-se-á aqui com uma ideia de *prova livre* mais fraca, admitindo que o processualista medeie a valoração da prova, excepcionando-a pontualmente; o que se condicionaria a ônus argumentativo severo, notadamente quando tal interferência resultar na coarctação das potencialidades probatórias[308].

3.1 A VALORAÇÃO ENQUANTO VERIFICAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE PROVA: O PRINCÍPIO DA NECESSIDADE E SEUS COROLÁRIOS

Como disse há pouco (I.5.3), se se concluir que ao menos uma *probanda* penúltima não é corroborada por nenhum elemento de prova validamente incorporado ao processo — ou seja, que nenhuma evidência se converte em uma razão em prol de sua admissão —, a hipótese não poderá ser admitida como provada e o resultado da valoração deverá ser o reconhecimento do «fato não provado»*por inexistência de prova*.

A admissão de uma hipótese como provada, apesar da ausência de provas — no âmbito do processo penal, uma odiosa condenação sem provas —, longe de configurar um resultado teratológico e claramente perceptível, é mais comum do que se pensa e pode ser explicada por uma tendência de assentir a uma estória, de preencher vazios e "inventar" evidências (I.4.2), por uma espécie de familiaridade com o que é contadoe/ou em decorrência

---

[307] Nesse contexto, no âmbito da própria epistemologia surgem debates sobre o que se convencionou chamar de infiltração moral (moral encroachment) na Epistemologia, que questiona, para determinadas sisutações, a adequação de uma justificação puramente epistêmica ou intelectualista. A próposito, veja-se: GARDINER, Georgi. Evidentialism and Moral Encroachment. In McCain Kevin (ed.), Believing in Accordance with the Evidence. Springer Verlag. 2018.

[308] Danilo Knijik: "para nós, contudo, que estamos apenas a vasculhar, no pensamento realista, um contributo que dele possa extrair o jurista prático no campo do direito probatório, um ponto em comum tem de ser sublinhado: a intuição, a pré-compreensão, ambas desnudam certas contingências do processo de decisão in facto, em alguns casos mais intensamente que em outros, mas sempre. Esta é uma contribuição, dos realistas a Esser, não pode ser afastada e tem que ser apreciada na decida conta especialmente pelos processualistas (...). E assim concebida, chega-se à seguinte escolha: ou se renuncia aos controles lógicos do juízo de fático – (...) – ou se fundamenta o juízo de fato num rigoroso processo de racionalização, cujas fontes, longe de situarem-se na discrição ou arbítrio judicial, estarão num direito probatório bem desenvolvido ... E conclui "... de um ponto de vista metodológico, isso conduz a uma importante proposição: a formação do juízo de fato tem que ser mediada pela dogmática processual, não podendo ser considerada terra estranha ao trabalho do jurista prático ou assunto privado do mundo fenomênico.". KINIJNIK, Danilo. Ceticismo Fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório. In Prova Judiciária – Estudos sobre o Novo Direito Probatório. Porto Alegre, 2007, p. 17-25.

da capacidade ética e/ou técnica de quem a defende ou mesmo por sua elevada capacidade persuasiva.

Busca-se, então, de início uma abordagem voltada a identificar e sistematizar os critérios que, de forma mais ou menos rígida, condicionam a definição sobre se existe ou não prova de uma dada alegação ou hipótese.

3.1.1 O princípio da necessidade da prova

A doutrina e jurisprudência brasileiras mais atuais não mencionam o princípio da *necessidade da prova*, o que é normal ante o já mencionado abandono da área. Segundo Ovídio Batista, referido princípio era, por alguns, tratado no âmbito do ônus probatório, com base na concepção de prova como resultado, significando algo como "se não houver prova, não se obtém a tutela"[309]. Visto assim, todavia, ele termina parecendo vazio ou se identificando com a própria ideia de ônus.

Já no âmbito da valoração, o princípio da necessidade da prova teria a vocação de fornecer um parâmetro para responder à questão sobre *se foi, ou não, incorporada prova que apoie todas as probandas (penúltimas) que integram hipótese em disputa*.

Buscando, então, algum conteúdo, pode-se avançar para admitir que o princípio da necessidade da prova impõe que uma alegação só poderia ser dada por provada — ou «admitida como verdadeira *porque foi provada*» —, se existir, na origem dos argumentos, voltados a demonstrá-la, uma prova enquanto elemento empírico[310], que, examinado pelo julgador, o autorize a estabelecer um enunciado (evidencial) que efetivamente inaugure a

---

[309] SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil:** processo de conhecimento; volume I. São Paulo. 1998, p. 347-348.

[310] "An *item of evidence* can be either a tangible item or a testimonial assertion." (ANDERSON, T., SCHUM, D., & TWINING, W. **Analysis of Evidence**. Cambridge: Cambrige University Press, 2005, p. 63-67). Essa ideia equivale ao que Tuzet chama de ostensão probatória: "Ahora bien, el discurso probatório tal como lo desarrollan las partes em uma disputa puede ser caracterizado signitifativamente por médio del uso de demonstrativos indexicales. "He aqui el objeto hallado"; "esa es la fotografia que fue tomada"; "escuchen esta declaración ..."; "observen esta carta ...": estos constituenexemplos simples de lo que estamos poniendo bajo consideración, esto es, enunciados inexicales probatórios llevados a cabo com la ostensión del elemento relevante. (TUZET, Giovanni. Sobre la ostensión probatoria. Trad. de Diego Dei Vecchi. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; VÁSQUEZ, Carmen (coord..).**El razonamiento probatorio en el proceso judicial: un encuentro entre diferentes tradiciones**. Madrid: Marcial Pons, 2020, p. 165). Mais adiante, o autor conclui que na prova judicial a ostenção é exigida, salvo em relação às provas estatísticas (que se trarará mais adiante), *verbis*: La tesis de la ostensión, em câmbio, es verdadeira respecto de muchos tipos de prueba, pero no universalmente verdadeira respecto dela prueba jurídica, ni de la prueba em general. Como dije al início del texto, la determinaciónjurídica de los hechos requiere tipicamente algún acto ostensivo. La tesis de la ostensión es sinteticamente verdadera respecto de algunas subcategorias típicas de lo que denominamos "pruebas" y es probabelmente falsa alguna de ellas. Es verdadera respecto de la prueba material e incluso frente al testimonio, pero es probabelmente falsa frente a la prueba estadística (o, por lo menos, no es verdadera respecto de ella en el mismo sentido).".Idem, p. 173.

cadeia de suporte da *probanda*[311].

Assim, a prova é, nesse sentido, o ponto de apoio necessário para que um complexo de razões ou argumentos possa conduzir à aceitação de uma hipótese «como verdadeira porque provada». Nas situações em que o ordenamento não exigisse esse elemento empírico, terminaria por *autorizar a admissão da hipótese, mesmo sem ter sido provada*, como nos casos das presunções legais: há, de fato, uma série de hipóteses ou alegações sobre fatos que não necessitam ser provadas, ou seja, que não dependem de prova[312].

Dito de outra forma: se o ordenamento exigir que, para sua elevação à condição de suporte fático da norma, uma dada hipótese tenha que ser provada, isto não poderá ocorrer exclusivamente com base nas suas características intrínsecas —alta probabilidade, plausibilidade, verossimilhança, coerência interna— e nas condições daquele que a defende, por mais tentador que isso possa parecer.

Aliás, a insuficiência da verossimilhança para a admissão, como provada, de uma hipótese qualquer, é extraída do próprio direito positivo, mais especificamente do artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que exige a verossimilhança da alegação do consumidor como condição para a inversão do ônus da prova; ou seja, a verossimilhança ao fim e ao cabo legitimaria a admissão da hipótese do consumidor quando decretada a inesclarecibilidade, ou seja, quando justamente se reconhecer o «fato não provado».

---

[311] "A prova é todo elemento que pode levar o conhecimento de alguma coisa a alguém. No processo, as partes devem se valer das provas para convencer o juiz de que têm razão. Atente-se que o magistrado não tem o dever de convencer ninguém, mas tem o dever de tomar boas decisões.". (CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**. local: Juruá Editora, 2014, p. 21). "Evidence, by its very definition, is something that attests to the existence of something else. Witness accounts, documents, and things (i. e., 'real' and a 'demonstrative' evidence) would thus be more accurately described as 'evidencial sources'. Every evidential source carries an assertive content. This alone, however, does not transform this source into evidence. What transforms an evidential source into evidence is an argument which goes beyond the assertive content of tha source. When witness W testifies about event H, the assertive content of that testimony would be 'W says H'. This alone would not be an evidence for H. Is is only 'W says H, therefore H' that would amount to evidence. Going beyond the assertive content of W's testimony, this inference and the likes intrinsically characterize any evidence" (STEIN, A. The Refoundation of Evidence Law. **Canadian Journal of Law & Jurisprudence**, 9(2), 279-342. 1996, p. 307). O próprio Supremo Tribunal Federal, entende que referido princípio está implícito em nosso ordenamento, notadamente na seara penal: "*A necessidade da prova advém da sua utilidade para a reconstrução histórica dos fatos objeto de julgamento*. Conforme abalizado magistério de Paolo Tonini, assentado no pensamento filosófico e jurídico desenvolvido desde o fim do período da cultura greco-latina, "a decisão será tomada com base em um silogismo: *o fato histórico, reconstruído através da prova*, que é a premissa menor, a norma penal incriminadora, que é a premissa maior, e a conclusão que será obtida pela valoração se o fato histórico se adequa ou não ao tipo penal", concluindo que provar é induzir o juiz "no convencimento de que o fato histórico aconteceu de uma determinada forma ou determinado modo. *O fato histórico deve ser reapresentado ao juiz mediante fatos*". Destacou-se. (Inteiro teor do acórdão do Supremo Tribunal Federal no Ag. Reg. na Ação Penal 968, São Paulo, Primeira Turma, Relator Luiz Fux. 22/7/2017 Disponível em https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13524448, Acesso em 10 set. 2022).

[312] Em outras palavras, o ordenamento separa o que precisa e o que não precisa ser provado; há diversas normas que dispensam de prova determinadas hipóteses: as não controvertidas; as que versam sobre fatos públicos ou notórios; as que se referem a fatos que, em determinadas circunstâncias, podem ou mesmo devem ser presumidos.

A necessidade da prova põe-se, então, como uma contenção à liberdade de convicção do julgador[313], servindo como um freio a uma tendência natural ao assentimento a uma das hipóteses em disputa, algo como "sei bem como essas coisas funcionam", "isso se encaixa perfeitamente com a minha experiência", "dou por visto como tudo aconteceu, conheço essas coisas de longe" etc.

a) um conceito operativo de prova

O princípio da necessidade, para que se concretize com um mínimo de previsibilidade, reclama um conceito de prova, enquanto «elemento empírico fonte de informações»; afinal, o julgador não poderia ter total liberdade para dizer que um dado elemento empírico configura (ou não) ponto de apoio de uma hipótese disputada em juízo[314].

Se a prova deve originar (ou converter-se em) uma informação favorável à hipótese em disputa justamente porque seria possível estabelecer uma relação entre ambas —prova e hipótese —, qual seria a natureza dessa relação?

Os pressupostos do Sistema não são alheios a isso, muito ao contrário; basta relembrar (I.2.1) que se incorpora uma concepção da valoração da prova integrada por um conhecimento direto, síncrono, sobre uma realidade empírica (a prova), que se volta a viabilizar um conhecimento indireto, porque assíncrono, sobre outra realidade empírica que ficou no passado (o fato que é idealizado); isso para definir se uma dada alegação sobre esta pode ser admitida como verdadeira ou como correspondente à realidade histórica.

Sendo essa realidade empírica(que ficou no passado e que se quer conhecer) um evento único, o "acesso" a ela só poderá operar-se como base em critérios já empregados nas ciências ideográficas (história, antropologia etc.), que justamente se voltam ao conhecimento

---

[313] Pode-se mencionar, por exemplo, que a violação à necessidade da prova pode configurar não apenas uma má resolução da questão de fato, mas violação do próprio sistema normativo, tanto que é considerada como causa de cassação do julgado, como p. ex. na Colômbia. "La necesidad y la unidad han encajado en la casación como (a) *falso juicio de existencia* en que puede incurrir el razonamiento de la sentencia judicial, bien por suposición de prueba o de hechos (infracción a la necesidad), o por pretermisión de valoración de las pruebas (infracción a la unidad). JARAMILLO. Luis Bernardo Ruiz. **El derecho constitucional a la prueba y su configuración en el Código General del Proceso colombiano.**Tese de doutorado perante a Universitat Rovira i Virgili (España), 2017, p. 126.

[314] Aliás, a busca de critérios para conferir, a um determinado elemento empírico, a condição de ponto de apoio, ou de elemento de corroboração, pode ser extraída da própria ideia de relevância (abordada no item 1.6): relevante é a prova tem a capacidade de interferir na admissão da hipótese em disputa, dando origem a razões favoráveis – corroborando-a – ou contrárias – refutando-a ou corroborando sua antítese. A definição da relevância, todavia, não pode se confundir com a definição sobre se existe prova de uma dada hipótese, ou seja, sobre se esta é corroborada por uma dada prova; isso porque a definição da relevância se dá apenas com base na notícia de uma prova, antes de sua incorporação, mesmo que não se consiga qualquer prognose sobre o seu conteúdo. Assim, a prova será relevante, ou não, apenas para fins de definir se será, ou não, praticada e incorporada ao processo; o que se resolve com um prognóstico favorável de que gerará uma razão a favor (corroboração) ou contrária (refutação) à hipótese em disputa. Em síntese: a necessidade de prova exige a incorporação de elementos que efetivamente corroborem a hipótese objeto da prova.

de realidades unívocas, ao invés de regularidades da natureza[315].

Referidos critérios são baseados na ideia de que o conhecimento de um evento único do passado só pode se operar através do que, dele, remanesceu no presente; de sorte que a prova judicial, ao invés de ser compreendida como qualquer elemento empírico dotado de alguma capacidade demonstrativa, seria apenas aquela que pudesse ser tomada como uma marca ou rastro que teria sido deixada pelo fato que se pretende reconstruir, como se a prova pudesse ser vista como o que sobrou deste, como vestígio, o que faria dela simultaneamente presente e passado.

Esse conceito de prova termina por fornecer um critério para a valoração — a relação entre o fato do passado, causa, e o vestígio, efeito —, o que reclama uma racionalidade adequada a essa ideia de causalidade[316]. Ademais, embora não seja muito frequente uma

---

[315] "Echando mano de una terminología muy difundida entre ciencias nomotéticas y ciencias ideográficas, cabe hacer una primera distinción entre los cuatro tipos de conocimiento inductivo mencionados en función del objeto que persiguen. Ciencias «nomotéticas» son aquellas cuya finalidad es establecer leyes generales repetibles indefinidamente. Ciencias «ideográficas» aquellas cuya finalidad es dar cuenta de los sucesos únicos e irrepetibles. La distinción, en realidad, pretende diferenciar entre las ciencias de la naturaleza y algunas ciencias sociales, por un lado (dicursos «nomotéticos»), y la historia, por otro (discursos «ideográficos») (...). Así pues, a diferencia de las ciencias «nomotéticas», cuya finalidad es el descubrimiento de leyes generales, las actividades del historiador, del juez y del detective son «ideográficas», porque se enderezan a la averiguación (y comprensión) de sucesos particulares del pasado... Así pues, a diferencia de las ciencias «nomotéticas», cuya finalidad es el descubrimiento de leyes generales, las actividades del historiador, del juez y del detective son «ideográficas», porque se enderezan a la averiguación (y comprensión) de sucesos particulares del pasado. (GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos en el derecho:** bases argumentales de la prueba. Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 105-106). "Si tomamos en cuenta, no obstante, la ratio de esa analogía, creo que puede explorarse algún otro camino interesante. En mi opinión, es central aquí el carácter de ciencia ideográfica que comparten tanto la actividad de determinación judicial de los hechos como la historiografía. Y también, como me propongo mostrar, la clínica diagnóstica.". (FERRER BELTRAN, Jordi. **La valoración racional de la prueba.** Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 49). Assim também: DELLEPIANE, Antônio. **Nova teoria da prova**. Tradução Érico Maciel. São Paulo: Editora Minelli. 2004, p. 27 e ss. No Brasil, Leonard Schmit: "A prova histórica e a judiciária, por sua vez, têm semelhanças e quase identidade. Ambas servem à reconstrução de um fato único, irrepetível, do passado. Distingue essas duas últimas categorias apenas o local em que a prova é produzida: se em uma investigação histórica ou no curso de um processo judicial.".SCHMITZ, Leonard. **Presunções judiciais:** raciocínio probatório por inferências. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2020, p.. 283.

[316] "Podem, portanto, beneficiar-se do debate e das reflexões epistemológicas desenvolvidas pela filosofia analítica a propósito desse tipo de proposição. Portanto, se excluímos as teses absolutamente céticas da inverificabilidade dos discursos sobre o passado pela impossibilidade de sua verificação direta, podemos aceder à evidente tese de Clarence I. Lewis, segundo a qual a verdade dessas proposições pode ser enunciada somente pelos "efeitos" produzidos, quer dizer, os "sinais do passado" (*pastness*) ... "[...] a totalidade de tais efeitos constitui de maneira bastante óbvia todo o projeto cognoscível"; "o passado vem constituído através da correta interpretação de um dado que inclui determinados caracteres que são signos da qualidade de passado" (ibidem); "[...] evidentemente, certos signos identificáveis devem significar a qualidade de passado da coisa apresentada, de outra forma o passado não poderia se distinguir do presente" (…)" (FERRAJOLI, *op. Cit.*, p. 43-44). No mesmo sentido, Gascón: "En la investigación «ideográfica» en general y en la judicial en particular se debe reconstruir un pasado desaparecido, y para hacerlo sólo se puede recurrir a hechos del presente que constituyen las huellas de aquel pasado (los enunciados probatorios o indicios) 181; es decir que el juez, como el historiador, tiene que examinar los vestigios y testimonios existentes para determinar su valor como elementos de juicio del pasado que investiga.".(GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos en el derecho:** bases argumentales de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 106-107). Salah Kaled, em seus trabalhos de mestrado e doutorado, desenvolve essa ideia de passeidade (*pastness*) como uma espécie de contenção (metodológica) do conceito de prova judicial(KHALED JR., Salah H. **A Busca da Verdade no Processo Penal.** Para além da ambição

abordagem dessa questão de forma destacada, parece haver um consenso quanto à ideia de que a definição da relevância, ou a potencial corroboração (ou refutação) da prova deve ser pautada por critérios de racionalidade e da lógica, de sorte que só seriam admitidas provas que se prestassem a demonstração de fato do passado com base em elementos que guardassem com aquele uma relação lógica e materialmente possível (compatível com o funcionamento do mundo empírico ou com aquilo que dele já se conhece — retomaremos a isso no item II.4). Badaró parece defender o mesmo quando afirma que a verificabilidade inerente à prova judicial é aquela "baseada nos aparatos de conhecimento disponíveis graças às leis da lógica ou da ciência"[317].

Assim, a atividade probatória, que se volta ao passado[318], opera-se pelas marcas deixadas nas coisas ou pessoas, sendo certo que apenas essas alterações, marcas ou rastros é que remanescem até o momento da análise pelo julgador, conformando-se em origem das razões que podem respaldar a aceitação de uma hipótese (sobre o evento do passado).

A prova (enquanto fonte) será, então, a coisa ou pessoa que restou sensibilizada, marcada pelo fato que já se esvaiu no tempo, sendo que, por vezes, a coisa é o próprio

---

inquisitorial. Belo Horizonte: Justificando, 2016,p. 303 e ss.);KHALED JR., Salah H. **Ambição da verdade do processo penal:** uma introdução. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p 114 e ss).

[317] Badaró ainda menciona como exemplo (daquilo que não se enquadraria nessa compreensão) um elemento qualquer voltado a demonstrar que a lua cheia teria sido a causa de um dado comportamento do acusado. (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e Prova Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2019, p. 159). Daí porque, por exemplo, uma carta psicografada, que teria sido ditada pela vítima, após sua morte, a um determinado indivíduo, que a escreveu, não satisfaz o conceito de prova, quer porque não satisfaz à causalidade adequada ao conhecimento de mundo atual (mortos não se comunicam com vivos ou não há comprovação de que mortos possam se comunicar com vivos), quer porque não viabiliza qualquer controle sobre essa relação de causalidade entre o evento supostamente testemunhado e supostamente declarado pelo falecido (causa) e os registros feitos pelas mãos daquele que se diz detentor de poderes mediúnicos (efeito). Reynaldo Alarcon dá como exemplo de impossibilidade justamente a declaração de um dado fato supostamente apreendido via experiência telepática ou mediúnica.(ALARCÓN. Reynaldo Bustamante. **El derecho a Probar como elemento esencial de un proceso justo**. Santiago, 2015, p. 148).

[318] A prova judicial não é uma atividade que se dirige ao absoluto desconhecido, com um caráter exclusivamente exploratório. Ela pressupõe a existência de uma ou mais hipóteses formuladas por aqueles que buscam a tutela jurisdicional de seus bens jurídicos. Assim, mesmo naquelas ações inibitórias, a prova se volta à confirmação/refutação de uma hipótese que antecede (crono)logicamente a atividade de provar, consistente na suposta preparação ou ameaça de uma atuação/omissão futura. Isso se pode dizer sobre um fato que se protrai no tempo e poderia manter suas características até o momento da prova (da inspeção pelo próprio juiz): eventual descoberta de alteração de suas circunstâncias, não deixa de ser um "achado" da prova que pode infirmar, ou não, a hipótese objeto da prova. Registre-se que há concepções teóricas sobre a prova judicial que são mais abrangentes, entendendo que é possível provar, p. ex., o risco atual de um evento futuro.Não obstante a qualidade da teoria, insiste-se que esta não seria compatível com o nosso modelo de processo judicial; isso por conta da inércia do Judiciário, que deve trabalhar numa com base num caso construído pela parte e, tratando-se da prova de um risco, por exemplo; não há como a parte simplesmente dizer que quer provar o risco X (o risco de fuga do acusado, p. ex.) e juntar uma caixa com documentos, para que o julgador os analise e diga se entende haver ali risco de fuga. A hipótese objeto da prova judicial deve ser construída pela parte, como um caso, que deve ser mais ou menos fechado, integrado pela descrição de fatos (unívocos) que justificariam admitir a existência do risco X. Esses fatos, assim, são a rigor seriam objeto da prova judicial; violaria a inércia judicial se o julgador estabelece o risco como provado com base em fatos desconhecidos ou não arguidos ou mencionados pela parte.

vestígio[319].

Bom registrar que é admissível uma concepção mais ampla de vestígio, que não abranja apenas sinais físicos, captáveis diretamente pelos sentidos, mas que incorpore também a alteração da memória de quem de alguma forma presenciou um determinado fato, já que não há como negar que o ser humano apresenta uma capacidade de memorizar determinados acontecimentos. Seria bizarro negar que conseguimos represar em nossa memória fatos ou fragmentos de fatos de diversas ordens. Mesmo sem precisar defender a ideia de que a memória tem um suporte físico — uma estrutura anatômica bem sofisticada, neurônios especiais etc.[320]—, é inevitável aceitar que uma determinada pessoa (de alguma forma) restará sensibilizada por um fato que presenciar, por aquilo que vê e/ou ouve.

A preocupação com a fidelidade da captação dessa experiência vivida, de seu registro ou armazenamento, bem assim com a do seu posterior resgate (recordação), não altera essa ideia, mesmo porque esta é preocupação que atinge em mesmo nível os sinais físicos deixados em pessoas e coisas, sendo muitos os que ainda não são decifráveis pelo conhecimento humano e, pior, os que podem levar à ilusão de que se estão sendo bem compreendidos[321].

Da mesma forma, a ideia de vestígio que aqui se assume também abrange o dígito[322], já que se pode aceitar que algo, um suporte físico — um disco rígido ou outro dispositivo de memória, ainda que este não seja acessível presencialmente — pode ser sensibilizado por determinados fatos que podem tornar-se controvertidos em um determinado processo: a) o recebimento de uma mensagem em um e-mail; b) as imagens captadas por um circuito de

---

[319] Assim, o corpo sem vida é o próprio vestígio do evento morte; uma cédula falsa é o próprio vestígio da falsificação eventual marca de ferimento é ser vestígio da causa da morte.

[320] "Existimos e depois pensamos e só pensamos na medida em que existimos, visto o pensamento ser, na verdade, causado por estruturas e operações do ser." (...) "Por fim, quando se formar a memória da paisagem agora observada, essa memória será um registro neural das muitas alterações do organismo que acabei de descrever, algumas das quais tiveram lugar no cérebro (a imagem construída para o mundo exterior, juntamente com as imagens constituídas a partir da memória), enquanto outras ocorreram no próprio corpo. Ter percepção do meio ambiente não é, portanto, apenas uma questão de fazer com que o cérebro receba sinais diretos de um determinado estímulo, muito menos imagens fotográficas diretas. *O organismo altera-se ativamente de modo a obter a melhor interface possível. O corpo não é passivo.***"** (grifou-se) DAMÁSIO, António. **O erro de Descartes**. Companhia das Letras. Kindle Edition.S.p.

[321] Basta mencionar as "marcas de mordidas", que, nos Estados Unidos, foram por longo período mal compreendidas e significadas, o que gerou inúmeras admissões de autoria equivocadas, colocando ao menos 26 inocentes na prisão. Fonte: Innocence Project Disponível em: https://innocenceproject.org/what-is-bite-mark-evidence-forensic-science/ Acesso em 30 mar. 2022.

[322] O termo vestígio digital ou vestígio cibernético é usado na computação forense: "[...] a Computação Forense é a ramificação da Criminalística que tem como objetivo a análise de *vestígios cibernéticos*, englobando os elementos que os orbitam ... em um local de crime convencional, um vestígio pode significar um instrumento deixado no ambiente ou um fio de cabelo. Na informática, no entanto, os vestígios são digitais – zeros e uns –, que poderão representar os mais diversos tipos de informação, como conversas online, histórico de navegação e programas maliciosos. JESUS, Antônio Velho et al (org.). **Tratado de Computação Forense**. Campinas: Milennium. 2016. P. 2 – 10. Também: NERES, Winícius Ferraz. A cadeia de custódia dos vestígios digitais sob a ótica da Lei n. 13.964/2019. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 20, n. 56, jan./jun. 2021.

segurança e registradas em algum dispositivo de informática; c) uma transferência de recursos feita pela internet; d) a utilização de uma determinada senha/código para a assinatura de um documento eletrônico. Por óbvio que as preocupações sobre a fidelidade do registro, sua preservação e, posteriormente, da sua recuperação e compreensão mantêm-se em alta conta[323].

Deve-se também registrar que, por razões óbvias, muitos dos vestígios não podem ser simplesmente recolhidos e levados à experiência do julgador: pense-se numa marca de sangue numa parede ou uma pegada deixada no chão, ou ainda no HD que integra um sistema de videovigilância situado em cidade distante. Nesses casos, o que se apresentará como prova em juízo não será a própria coisa sensibilizada, mas uma espécie de cópia ou representação da mesma – uma fotografia, um molde, um documento ou arquivo eletrônico criado a partir de uma cópia, o espelhamento do HD etc. —; daí que se torna forçoso admitir que essas representações ou *reflexos documentais*[324] de vestígios também respeitariam essa concepção de prova, já que podem ser compreendidos como uma espécie de vestígio de segunda mão, ainda que artificial[325].

Assim, pode-se definir que a prova é o elemento empírico candidato a (reflexo documental do) vestígio do fato que se alega ocorrido e que se pretende resgatar.

Perceba-se a assimetria entre os conceitos de vestígio e (elemento ou fonte de) prova.Vestígio é a marca ou coisa deixada por algo que ocorreu no passado, como a parte que remanesceu, que não se esvaiu com o tempo; ele existirá ainda que não se saiba de sua condição de remanescente de algo que já se foi. Pode-se, assim, falar que os disparos de arma de fogo normalmente deixam vestígios na mão do atirador ou que um determinado evento extraordinário normalmente marca ou deixa vestígios na memória de quem o presenciou. Por sua vez, a ideia de prova já integra um contexto demonstrativo, já pressupõe uma atribuição, a algo que será submetido ao exame do julgador (ou de auxiliar), da condição de vestígio de um

---

[323] Badaró registra que: "1. A desmaterialização das provas digitais e a dispersão dos elementos digitais implicam sua congênits mutabilidade de fácil alterabilidade; 2. As provas digitais não possuem uma materialidade constatável e são conservadas e transmitidas por uma linguagem não natural (...)". BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia da prova digital. In: OSNA, Gustavo (et. al.). **Direito probatório**. Londrina: Thoth Editora, 2023, p.186.

[324] O termo é de Juan Montero Aroca (AROCA, Juan Montero.Principio Acusatorio y Prueba em el Procesal Penal, em **Prueba y Proceso Penal**, Colomer, Juan L G (coord), Valencia, 2008, p. 50). Perceba-se que a relação entre vestígio e reflexo documental é funcional. Uma gravação de uma conversa tanto pode ser o vestígio de um fato relevante (numa interceptação telefônica autorizada, grava-se um dos interlocutores dando uma ordem ao outro, para que este cometa um crime), como o reflexo documental dos vestígios da memória de alguém (imagine-se a gravação do ato de tomada de declarações de uma testemunha, que depois veio a falecer). Nesse último caso, a gravação tanto é vestígio do ato de tomada das declarações testemunhais, como reflexo documental dos (supostos) vestígios de sua memória.

[325] O atestado de óbito é o vestígio deixado pelo ato de confirmação, por um médico, do evento morte.

dado fato[326]. Daí porque se pode dizer que a prova é uma candidata a vestígio de um fato que é alegado/idealizado, podendo sê-lo, ou não. Poder-se-ia dizer, por exemplo, que o vídeo extraído de um dado sistema de vigilância foi a principal prova do crime, ou que uma testemunha apresentada como prova pode ter registrados em sua memória fatos que nunca presenciou, mas que pensa que presenciou.

Quadro 1
vestígios → rastros/marcas/registros que remanescem nas pessoas ou coisas
prova (fonte) → a coisa ou pessoa que conteria ou corresponderia ao vestígio ou ao seu reflexo documental

b) a exigência de reforço (corroboration)

Além de ser visto como um candidato a vestígio, um dado elemento empírico deve também *ser tratado* como prova pelo ordenamento jurídico, ao menos não pode ter sido desclassificado como tal.

Nosso ordenamento processual admitea incorporação ao processo de informações derivadas de determinados elementos empíricos, que, embora se adequem a essa ideia de causalidade, não poderão suprir (sozinhos) a necessidade de prova; ou seja, não poderão configurar, sozinhos, o ponto de apoio da cadeia de suporte de uma *probanda* qualquer.

Diversas são as razões que podem levar o legislador a suprimir ou coarctar as potencialidades probatórias, como, p. ex:

a) uma baixa credibilidade que se dá à categoria em que está inserida a fonte de prova[327];

b) a necessidade de "incentivar" a adoção de determinada forma para os negócios e atos do dia a dia[328];

c) a necessidade de compelir uma das partes a incorporar a prova segundo o meio que

---

[326] Isso vale também para a coisa que não registra qualquer marca ou uma determinada marca. A ideia de que não há vestígios (ou um específico) em determinado elemento empírico – que deveria contê-los – pode ser suficiente para considerá-lo como prova da inexistência de um determinado fato ou como prova a existência de um fato incompatível com este.

[327] Como no caso das declarações do réu colaborador (artigo 3-C, §4º, da Lei 12.850/2013). Para maior profundidade, PEREIRA, Frederico Valdez. Apontamentos sobre a colaboração premiada na Lei Anticrime. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 174/2020, p. 199 – 254. 2020, p. 208 e ss.; PEREIRA, Frederico Valdez. Valor probatório da colaboração processual (delação premiada). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 77/2009, p. 175 – 201. 2009. p. 178 e ss.). Outro exemplo é o disposto no artigo 457, §2º, do Código de Processo Civil.

[328] CC- 227, parágrafo único. "Qualquer que seja o valor do negócio jurídico, a prova testemunhal é admissível como subsidiária ou complementar da prova por escrito"; CPC-406.

permita o melhor controle pelo julgador e pela parte adversa[329].

Tais interferências do Direito, limitando a eficácia e, consequentemente, a aferição de da sua forçapelo julgador, são conhecidas nos países de *Common Law* como *corroboration rule* ou *corroboration requirement* (exigência de reforço)[330].

Em resumo, pelo princípio da necessidade da prova, cada *probanda* deve coincidir ou decorrer de enunciados obtidos a partir de fontes (pessoas ou coisas) consideradas prova validamente incorporada ao processo e, se assim for exigido, reforçadas por outros elementos.[331]

c) (a necessidade da prova e) a prova indireta ou por indícios[332]

Questão que se sobressai agora é a da compatibilidade, com o princípio da necessidade da prova, da chamada prova indireta ou por indícios,a qual é plenamente aceita atualmente[333].

Segundo o artigo 239 do Código de Processo Penal, "considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias"[334].

---

[329] CPP-155.

[330] Rule 804. Hearsay Exceptions; Declarant Unavailable (…) (b) The Exceptions. The following are not excluded by the rule against hearsay if the declarant is unavailable as a witness… (3) Statement Against Interest. A statement that: (A) a reasonable person in the declarant's position would have made only if the person believed it to be true because, when made, it was so contrary to the declarant's proprietary or pecuniary interest or had so great a tendency to invalidate the declarant's claim against someone else or to expose the declarant to civil or criminal liability; and (B) *is supported by corroborating circumstances that clearly indicate its trustworthiness, if it is offered in a criminal case as one that tends to expose the declarant to criminal liability*.

[331] Referidas regras, sobretudo em casos penais, recebem algumas críticas, como a que Roberts e Zuckerman fazem relação a exigência de corroboração às declarações da vítima de agressões sexuais, confira-se: "that the requirements 'reflected sexista stereotyping of –predominantly, female – sexual assault complainants, rather than well-founded assessments of complainants' testimonial unreliability'. ROBERTS, Paul; ZUCKERMAN, Adrian. **Criminal Evidence.** Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 671.

[332] Para Gascón, a prova indireta ou por indícios pode ser também chamada de prova por presunção. Schimitz entende que a distinção é desnecessária, porque entende equivocada a visão de que na assim chamada prova direta o raciocíniou ou inferência probatória seriam dispensados. (SCHMITZ, Leonard. **Presunções judiciais:** raciocínio probatório por inferências. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2020, p. 283). Seguimos, entretando com a distinção, não porque entendemos que não há inferência na prova direta, aliás isso parece ter ficado claro no item I.5.2, mas porque compreensão da prova direta como prova puramente empírica, o que Gascón chama de concepção canônica da prova direta. (GASCÓN, Marina. **Los hechos en el derecho**. Barcelona: Marcial Pons, 2010, p. 80 e ss.), já está ultrapassada. Outrossim, porque, como se verá, embora a prova direta e a indireta se valham do mesmo esquema de raciocínio, esta última pode se submeter a uma disciplina jurídica específica. Neste exato sentido, Patrícia Pereira, para quem "a prova direta poderá levantar algumas questões de valoração ... Em bom rigor, no âmbito judicial, toda prova é indireta, (...), toda prova pe indiciária, ainda que verse sobre o facto a provar diretamente, pois o conhecimento chega sempre por meio de um raciocínio inferencial.". PEREIRA, Patrícia Silva. **Prova Indiciária no âmbito do Processo Penal:** admissibilidade e valoração,Coimbra, 2017. Assim também: VÁZQUEZ. Carlos Miranda. **Prueba directa vs. Prueba indirecta (un conflicto inexistente).**Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, 2015.

[333] Por todos, MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 23.

[334] O termo indício termina podendo significar tanto o evento do passado (***I**) como a sua idealização (**I**), não havendo a tentativa de distinção pela doutrina: assim, p. ex., Maria Thereza, que principia sua definição de indício, no primeiro sentido (fato ou evento to mundo empírico) e finaliza dando a entender que se refere à

Como se vê, o legislador brasileiro considera indício justamente o fato (ou mais precisamente o enunciado fático) estabelecido a partir da evidência, após a verificação da confiabilidade da respectiva fonte, que, embora não integre (ou coincida com) a *probanda* (penúltima), guarda alguma relação[335] com esta, a ponto de servir como razão favorável à sua admissão como (se fosse) verdadeira; enfim, indício é, ao mesmo tempo, *factum probandum*, em relação à evidência, e *factum probans*, em relação à *probanda* penúltima.

Assim, a relação da prova por indícios com o princípio da necessidade da prova está justamente na dificuldade de se aceitar que este estaria sendo respeitado numa situação em que se admite $\mathbf{H_A}$, como provada, quando, na realidade, se juntou elementos que se candidatam a vestígio de $\mathbf{*H_B}$.

Isso reclama algum critério que autorize "passar" do enunciado $\mathbf{H_B}$ ao $\mathbf{H_A}$, ou seja, que autorize dizer quando a prova por indícios deverá ser aceita e quando ela violará o princípio da necessidade da prova, ou, referindo-se aos casos penais, quando a condenação baseada em indícios seria uma condenação sem provas.

Registre-se que isso não implica em qualquer espécie de preconceito com a prova por indícios, já que se reconhece que é muito fácil pensar em situações em que ela é capaz de oferecer um suporte muito mais robusto que um quadro formado apenas por provas (mais) diretas[336].

Todavia, até que se desenvolvam critérios precisos, continuará difícil conter o

---

idealização dessa realidade empírica (enunciado fático). "Podemos agora expor, por inteiro, a nossa compreensão de indício. Indício é todo o rastro, vestígio, sinal e, em geral, todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de um raciocínio indutivo-detutivo. É imperativo que o factum probans esteja completamente provado, conhecido, induvidoso, para poder revelar o factum probandum. Caso contrário, a inferência não poderá ser estabelecida.". Idem, p. 41.

[335] Referida relação deve basear-se na mesma racionalidade que define a relação entre a prova (***E**) e o evento sob reconstrução idealizado sob **H**. Assim, o evento idealizado como **I**(o indício) deve ser compreendido como inserido num mesmo contexto causal daquele idealizado como **H**: como se fosse sua causa, sua consequência ou como possuidor de uma causa comum etc. "A relação do indício com o fato que se quer provar é outra exigência. Há de existir uma conexão lógica entre os dois fatos e uma relação de causalidade, a permitir o conhecimento do fato ignorado. O raciocínio faz-se pelas regras da experiência e da lógica, resultando um conhecimento provável acerca da exitência de outro fato. Ibidem, p. 41.

[336] A abordagem histórica feita por Damaska desperta a atenção para o fato de que, na realidade, a grande diferença entre a prova direta e a prova indireta é que, em caso de erro, tratando-se daquela, o julgador teria em quem colocar a culpa, e, no caso desta (indireta), não. Ou seja, talvez um maior preconceito com a prova indireta tenha essa origem: a necessidade de proteção da alma do julgador. *In verbis*: "Where death or mutilation is at stake, they insisted, proof of guilt should be "clearer than the midday sun," and this illumination can be provided only by direct evidence. In addition to some biblical sources and Roman law passages, support for this position emanated from the now-familiar anxiety about the safety of the judge's soul. If he were permitted to impose irreparable blood punishment on the basis of mistaken inferences from circumstantial evidence, his pilgrimage to heaven could be compromised. But if he based the blood sanction on the testimony of eyewitnesses and their evidence was false, the responsibility for the execution or mutilation of innocent persons would shift from him onto them.". DAMASKA, Mirjan. **Evaluation of Evidence** (ASCL Studies in Comparative Law). Cambridge: Cambridge University Press, Edição do Kindle, 2019, p. 82.

decisionismo e a seletividade nessa área, sendo certo, ainda, que a solução não é simples e merece a preocupação do *designer* do Sistema de valoração da prova, de sorte a definir quando o julgador deveria decretar a ausência de prova e quando deveria partir para aferir o grau de suporte fornecido (indiretamente) à *probanda*.

Seguindo com esse propósito, convém tentar relembrar como se estrutura logicamente a prova por indícios. O gráfico ilustra bem a chamda prova direta:

E → H

A evidência (ou o enunciado evidencial) **E** fornece suporte à hipótese **H**, enquanto se consegue estabelecer uma relação (de causalidade) entre a percepção/interpretação da experiência sobre o elemento empírico, ou seja, entre a evidência **E**, e o fato hipotetizado **H**, ou seja, na medida em que se admite que referido elemento empírico é (reflexo documental de um) vestígio causado pelo fato hipotetizado como **H**).

Já a prova por indícios pode ser assim representada:

A evidência E_1 apoia diretamente I_1 e a evidência E_2fornece suporte direto para I_2. De sorte que se pode assumir I_1 e I_2 com base em E_1e E_2. I_1 e I_2 é que, juntos, confeririam o suporte a H_1 com base em um raciocínio que autoriza relacionar a ocorrência associada, num mesmo contexto, de I_1 e I_2 à ocorrência de H_1.

Tentando ilustrar: I_1 seria o motivo — "a vítima dias antes espancou o acusado, que a jurou de morte" — e I_2, a oportunidade — "o acusado foi visto deixando o local do crime numa hora compatível com a hora da morte" —, de sorte que se poderia tomar I_1+I_2como suporte para H_1— "o acusado é o autor do crime"[337]. Nesse caso, poder-se-ia defender que o princípio da necessidade não foi violado, uma vez que a H_1 estaria integralmente apoiada na evidência; ou, visto por outro ângulo, que o juiz não agiu com qualquer voluntarismo ao passar de I_1 para H_1, porque havia um apoio empírico para essa passagem, justamente o do I_2;e deI_2 para H_1, porque também havia o devido apoio empírico — justamente o do I_1.

[337] Se esse suporte é suficiente, ou não, é uma outra questão.

Ademais, não é difícil imaginar que boa parte (senão a maioria) dos fatos juridicizáveis só poderão ser demonstrados dessa forma, que, aliás, como se disse, pode redundar num suporte muito mais seguro que a prova direta.

Questão que remanesce, então, é se o princípio da necessidade da prova admitiria a prova com base em um único indício, por melhor que seja o seu suporte empírico e a sua associação com a *probanda*. Eis sua representação:

Aqui, ao contrário do modelo anterior, a passagem de I_1 para H_1 se daria sem o reforço de qualquer elemento concreto que forneça apoio a outro enunciado, diverso de I_1, mas tão somente por uma relação abstrata, ou seja, uma proximidade das categorias em que se enquadram I_1 e H_1. Perceba que no caso dos indícios múltiplos a passagem de I_1 para H_1 contou com um o reforço de I_2(e vice-versa), ou seja, de outro enunciado concreto apoiado em evidência, de forma que não se pode dizer que houve a simples aproximação ou equiparação entre categorias em que se enquadram I_1 e H_1, o que representaria, na prática, à colocação daquela para fazer o papel desta.

Assim é que a prova com base em um único indício termina consistindo numa equiparação desprendida de uma realidade empírica concreta, feita pelo julgador segundo seus próprios saberes, que vê as categorias em que se enquadram indício e *probanda* como juridicamente equivalentes, já que se daria um passo extra, associando indício e a *probanda* sem o apoio em qualquer circunstância (devidamente apoiada em evidência) que tornasse essa associação peculiar no caso concreto [338].

Isso, ademais, termina representando um risco ao necessário respeito à legalidade, notadamente se se cuida de casos penais[339], já que o legislador previu uma determinada

---

[338] A razão de uma certa resistência em se admitir a prova com base em um único indício se justifica porque a norma foi desenhada a partir da importância que foi conferida à abstração **N**, ao qual se subsumiria **H**, e, para os casos em que a passagem de $\mathbf{I_1}$ (indício provado) para **H** (*probanda*) operar-se apenas pela relação que mantêm suas categorias. Ou seja, só aproximação das duas categorias, desprendidas da realidade concreta conhecida a partir de um elemento que satisfaça o conceito de prova, não pode ser controlada intersubjetivamente no âmbito da averiguação da verdade, dependendo apenas do arbítrio do julgador; equiparando-se o salto, em tudo, à alteração da norma de direito material.

[339] No processo penal isso poderia levar a uma condenação pelo que se poderia chamar de "equivalente ético reprovável". Imagine-se que o julgador considere que o «dirigir enquanto se fala ao telefone» é, sozinho, suficiente para que se estabeleça que o indivíduo assumiu o risco de um atropelamento com morte; Se num dado

consequência para a categoria *X*, na qual se enquadra a *probanda*, e não para a categoria *Y***,** na qual se enquadra o indício.

Ferrajoli, embora não faça propriamente uma defesa da impossibilidade da prova com base em um único indício, termina aduzindo que sua admissão viola "o princípio epistemológico"[340].

Há, todavia, quem defenda a figura do indício necessário, que decorreria da ideia de que não existe um limite preciso entre "mesmo" e o "outro", ou seja, não haveria como traçar uma separação categórica entre a prova direta (do mesmo) e a indireta (com interposição de um "outro" que se associa ao "mesmo"). Pense-se num exemplo de prova por indício dado pela doutrina norte-americana[341], consistente nas declarações de uma testemunha que afirmou que viu o acusado, que estava no chão sobre a vítima, levantando-se e cuspindo algo ensanguentado, momento em que viu a vítima sem sua orelha esquerda, além de sangue no local.

Entendendo que a *probanda* é "o acusado arrancou a orelha da vítima com uma mordida", essa seria mesmo uma prova por indício?

O exemplo tem a aptidão de demonstrar que não é simples afastar a ideia de indício necessário — como sendo aquele enunciado ao qual a *probandaé a única* conclusão logicamente associada[342]—, parecendo que eventual risco de voluntarismo poderia ser contido com a exigência do respeito a esse conceito, bem assim do respeito à vedação (implicitamente) instituída pelo próprio ordenamento, quando classifica e confere tratamento

---

caso concreto, ele despreza as demais circunstâncias – horário, tipo de via, velocidade desenvolvida, comportamento da vítima etc – e estabelece que está provado o estado psicológico correspondente ao dolo eventual; estar-se-ia, aí, na realidade, criando o tipo penal de «dirigir ao telefone com resultado morte», ao qual se vincula a mesma sanção do homicílio doloso.

[340] "A necessidade de verificações ou confirmações foi reconhecida por um escrito de Sétimo Severo, inclusive para a confissão: "Confessiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non oportere... Se quis ultro de malefício fateatur, non semper ei fides habenda est: nonnunquam enim aut metu, aut qua alia de causa in se confitentur" (D. 48.18.1.17 e 27). Por sua vez, tem ocorrido de tal princípio epistemológico ser negado por nossa cassação: "O juiz pode basear sua própria convicção, inclusive, no único indício, prescindindo da coordenação com outros elementos, contanto que o fato ignorado, que se tem que provar, se situe como o único logicamente conseqüente e correlativo com o fato conhecido" (Cass., seção IV, 08.07.1967, in Cassazione penale. Massimario annotato, 1968, p. 1318). (FERRAJOLI, *op. cit*., p. 155).

[341] "There is a classic story that helps explain the difference. In a case in which a witness testified that he observed a fight where one man was accused of "biting off" the other fi ghter's ear. When he testified that the one man "bit off" the other man's ear, the testimony was that he was present when it happened and he saw the fight. On cross-examination, the witness was asked whether he actually observed the one bite the other's ear, he stated that he did not actually see it being bitten but that he saw the defendant spit out the ear. Although he did not see the biting event, circumstantial evidence told him and the court that the defendant must have bitten the ear during the fight because there *is no other logical* explanation concerning how it got in the one man's mouth. In this context, it is difficult to argue that circumstantial evidence would not have the full force and effect of direct evidence.".INGRAM, Jefferson L. Criminal Evidence, 2009, p. 98.

[342] Vide nota de rodapé 352.

distinto às categorias em que venham a se enquadrar o indício e a *probanda*.

d) o acórdão do STJ no Recurso Especial 1.803.562

O Superior Tribunal de justiça, em acórdão recente, ainda que sem fazer referência ao princípio da necessidade da prova e/ou à eventual restrição à prova por indício único, terminou por definir que nem mesmo o Tribunal do Júri pode admitir uma dada *probanda* sem que esteja devidamente apoiada na prova incorporada ao processo[343].

O relator, Ministro Ribeiro Dantas, adotou a tese que aqui se defende, no sentido de que a valoração da prova pressupõe uma etapa antecedente, voltada a definir a existência da prova, sucedida por outra (a que o relator chamou de consequente)[344], voltada a definir a

---

[343] "[…] 1. Quando a apelação defensiva contra a sentença condenatória é interposta com fundamento no art. 593, III, "d", do CPP, o Tribunal tem o dever de analisar se pelo menos *existem* provas de cada um dos elementos essenciais do crime, ainda que não concorde com o peso que lhes deu o júri. 2. Caso falte no acórdão recorrido a indicação de prova de algum desses elementos, há duas situações possíveis: (I) ou o aresto é omisso, por deixar de enfrentar prova relevante, incorrendo em negativa de prestação jurisdicional; (II) ou o veredito deve ser cassado, porque nem mesmo a análise percuciente da Corte local identificou a existência de provas daquele específico elemento. 3. No homicídio qualificado pela torpeza (art. 121, § 2º, I, do CP), os motivos são um elemento objetivo-normativo do tipo. A autoria, contudo, com eles não se confunde, por integrar a tipicidade objetivo-descritiva. Consequentemente, a presença de prova do suposto motivo não supre a ausência de prova da autoria. 4. A simples existência de prova testemunhal de uma desavença prévia entre a ré e a vítima, conquanto possa consistir em motivo torpe na visão dos jurados, não basta para provar a autoria delitiva. 5. Não há no acórdão recorrido a indicação de nenhum elemento concreto que sugira ser a ré autora intelectual do delito. Seu desentendimento histórico com a vítima, embora possa torná-la suspeita e impulsionar uma investigação mais detida (que não ocorreu), não autoriza presumir a autoria do homicídio. 6. Tampouco existe omissão no aresto, como afirmam à unanimidade a defesa, o TJ/CE e a própria acusação. A falta de explicitação da prova de autoria decorreu de sua completa inexistência, mas não de omissão da Corte local. 7. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial, a fim de submeter a recorrente a novo júri. (AREsp 1803562/CE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 24/08/2021, DJe 30/08/2021).

[344] "Em outras palavras, há dois juízos distintos feitos pelo magistrado ao se debruçar sobre as provas que embasam uma condenação por crime doloso contra a vida. O primeiro deles, de natureza antecedente, analisa a existência das provas, e é isso que deve o Tribunal fazer ao julgar uma apelação fundada no art. 593, III, "d", do CPP. O segundo deles, o consequente, se refere ao grau de convencimento pessoal do julgador pelo conjunto probatório existente, a fim de aferir se é adequado ou não para condenar o réu. (...) Conclusões semelhantes foram construídas pela Suprema Corte dos EUA ao longo das últimas décadas. Naquele país, a Sétima Emenda à Constituição de 1789 afirma que "nenhum fato julgado por um júri será reexaminado em um Tribunal dos Estados Unidos" (tradução direta), estabelecendo uma espécie de soberania dos vereditos que, tal qual no direito brasileiro, se submete a algum nível de revisão judicial. Essa possibilidade de controle, todavia, não surgiu de imediato; na verdade, "Quando a Sétima Emenda foi inicialmente adotada, simplesmente não havia um procedimento que a parte pudesse utilizar para levar a uma Corte de Apelação qualquer objeção à suficiência da prova que embasou o veredito do júri" (SCHNAPPER, Eric. Judges against juries: apellate review of federal civil jury verdicts. Wisconsin Law Review, 1989, p. 239). Foi a evolução jurisprudencial nas primeiras décadas do século XIX que conferiu contornos mais claros à matéria, começando pela no evidence rule (regra da falta de provas). A completa ausência de elementos probatórios foi reconhecida pela SCOTUS como uma exceção à soberania do júri, por exemplo, em Greenleaf v. Birth (34 US 9 Pet. 292), julgado em 1835 com a seguinte ementa: "Onde não há qualquer evidência tendente a provar determinar fato, o juiz deve instruir o júri, quando requerido, mas não pode dar-lhe qualquer instrução que lhe tire o direito de sopesar qual efeito terão as provas" (tradução direta). (...) O juízo de existência da prova (antecedente) lá também não se confunde com a avaliação de sua credibilidade ou peso probante (consequente), e essa distinção é feita pela Corte de longa data. Exemplificativamente, no julgamento de Lessee of Ewing v. Burnet (36 US 41), em 1837, eis o que afirmou o Tribunal: "É domínio exclusivo do júri decidir quais fatos estão provados pela evidência competente. Também é seu domínio julgar a credibilidade das testemunhas e o peso de seus depoimentos, enquanto aptos, em maior ou

eficácia da prova incorporada; utilizando-a como critério para divisar o que poderia ser controlado em apelação contra decisão do Tribunal do Júri: a verificação da existência de prova estaria submetida ao referido controle; a medida da eficácia, não.

Na origem, tratava-se de uma ação penal por homicídio em que se buscou apoiar uma das probandas penúltimas — a autoria — em diversas evidências que convergiam para estabelecer o motivo do crime: uma desavença entre a vítima e a acusada, porque aquela se recusou a desocupar um apartamento que esta adquiriu em um leilão[345]. A passagem — do motivo (indício) para a autoria (*probanda* penúltima) — foi considerada um salto lógico ante a inexistência de apoio empírico (prova) que corroborasse a autoria com base em alguma outra razão diversa da existência de um motivo.[346]

e) a necessidade da prova e o princípio da atipicidade

A doutrina, tanto do processo civil[347], como do processo penal[348], reconhece que o status constitucional do direito à prova, impõe um vetor de maximização das possibilidades probatórias, o que deslegitimaria um modelo de prova que impedisse o uso daquelas não

---

menor grau, a provar os fatos. [...] Em tais assuntos o Tribunal não pode interferir" (tradução direta).” (Páginas 9 e 10 do inteiro teor do acórdão).

[345] “[...] há, nos autos, prova testemunhal capaz de demonstrar o interesse direto da acusada Maria Iara no móvel propulsr do delito, qual seja, a desocupação de uma casa por ela adquirida em um leilão, casa esta na qual a vítima residia com seus familiares, sendo oportuno observar a presença de indícios de que execução direta do crime se deu, em tese, por ato de outrem" (e-STJ, fl. 749) … A recorrente foi condenada, portanto, como autora intelectual do delito. As provas apresentadas pelo acórdão recorrido para confirmar sua autoria foram os depoimentos das seguintes testemunhas: (I) Joana d'Arc Nogueira Soares (e-STJ, fl. 750): relatou a existência da desavença prévia entre Maria Iara e a vítima; (II) José Valderi (e-STJ, fl. 750): também informou que a vítima tinha uma briga com outra pessoa, em razão da ocupação de um imóvel; (III) Isaias Sousa dos Antos (e-STJ, fl. 751): além de confirmar a referida inimizade, narrou que seu irmão, a vítima do crime, lhe disse em seus últimos suspiros que o marido de Maria Iara o matou; e (IV) Adricia Maciel (e-STJ, fl. 752): cuidadora do filho da recorrente, afirmou que esta se encontrou mais cedo com a vítima no dia do crime, enquanto a própria Adricia acompanhava a família e esperava no carro. Confirmou, como as demais testemunhas, o desacordo entre ré e vítima”. (p. 16 do inteiro teor do Acórdão).

[346] “[...] a prova do motivo não implica necessariamente prova da autoria, e vice-versa. Na realidade, o próprio senso comum nos leva à mesma constatação: o fato de determinada pessoa ter uma desavença séria com outra, ou
mesmo ter sido por ela severamente injustiçada, pode demonstrar a existência de um eventual motivo para o cometimento de um crime contra o rival, mas não comprova a autoria delitiva. Ou, de forma ainda mais sintética: apenas porque uma pessoa tem motivo para praticar um delito, não quer dizer que ela o tenha cometido. (p. 15).”

[347] P. ex., Paulo Amaral defende a ideia de admissibilidade de provas atípicas, como sendo uma imposição constitucional. (AMARAL, Paulo Osternack. **Provas, Atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 67). Assevera, ainda, que “mesmo que não houvesse a previsão legal para a admissão das provasatípicas no processo, ainda assim elas seriam admissíveis em virtude da incidência do princípio da máxima eficiência dos meios probatórios. Tal princípio consiste na repercussão das garantias do contraditório e da ampla defesa no campo probatório ... O legislador infraconstitucional não poderá criar limitações injustificadas que dificultem a produção da prova, assim como deverá adotar como diretriz a concepção de mecanismos adequados à elucidação da controvérsia fática.”. Idem, p. 74.

[348] Badaró admite que um sistema rígido de taxatividade de (meios de) prova se conflitaria com o valor “correta verificação dos fatos”. BADARÓ. Gustavo. Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha In: YARSHELL, Flávio; MORAES, Maurício (org.). **Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo. p. 341-352. DPJ, 2005, p. 342-344.

tipificadas pelo legislador.

Haveria assim de maneira expressa, no processo civil[349], ou implícita, no processo penal[350] o que se convencionou chamar de princípio da atipicidade probatória, segundo o qual a utilização de uma determinada prova não estaria condicionada à sua expressa previsão no ordenamento[351], o que decorreria do direito à prova, que reclamaria fosse permitido o uso de qualquer meio com aptidão demonstrativa, mesmo que não previsto expressamente na lei processual.

Mostra-se necessário, então, perquirir se a ideia de «prova como candidata vestígio do evento sob reconstrução» não se chocaria com o princípio da atipicidade e/ou com o vetor de maximização das oportunidades probatórias.

Isso merece, em primeiro lugar, que se reflita sobre a possibilidade de uma relação entre a evidência (**E**) e a hipótese (**H**), que pudesse ser controlada intersubjetivamente, que se adequasse à racionalidade da ordem jurídica e que já não estivesse coberta pela ideia de candidata a (representação do) vestígio do evento sob reconstruçãoou de outro que poderia servir de razão — intersubjetivamente controlável — favorável à sua aceitação.

Seguindo com esse propósito, deve-se perceber que o princípio da atipicidade tem muito mais a ver com a ideia de prova como meio, como técnica ou procedimento voltado à incorporação e exame da prova fonte de informação[352], tanto que a maioria dos exemplos de provas atípicas que a doutrina costuma fornecer não abalam o conceito de prova assumido há pouco, os quais, como se verá, não invocam questões relacionadas à ideia de prova enquanto fonte. Assim[353] *i*) *asconstatações realizadas por oficiais de justiça* acerca de fatos e/ou estados

---

[349] CPC-Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

[350] BADARÓ, *op. cit.*, p. 344.

[351] "Pelo princípio da tipicidade, só são admitidos os meios de prova previstos na legislação. Tal orientação, como vimos, foi adotada no Código de 1939 e no Código Civil de 2002. Em sentido oposto, o princípio da atipicidade, acolhido no Código de 1973, significa admissibilidade de todos os meios de prova (previstos, ou não, na legislação,
desde que moralmente legítimos). Assim, o sistema abarca não só as provas típicas, mas também as atípicas." LOPES, João Batista. Provas atípicas e efetividade do processo. **Revista Eletrônica de Direito Processual** – REDP. Volume V. pp. 389 – 402, 2010, p. 390-391.

[352] Barbosa Moreira isso: "[...] é que as provas reguladas em lei – e o que eu digo se aplica tanso ao CPC brasileiro, como à generalidade das legislações processuais –, em regra, esgotam todas as possibilidades de aquisição de conhecimento sobre fatos, no que diz respeito às possíveis fontes desses conhecimentos, que são finitas, limitadas. De onde é que podemos haurir conhecimento sobre os fatos relevantes para a solução de litígios? Podemos hauri-los de pessoas (partes, terceiros); de coisas que sejam submetidas a exame; de fenômenos naturais, observando por exemplo a maré .... Não há outras possibilidades. Não podemos contar com outras fontes." MOREIRA, José Carlos Barbosa. Provas atípicas. **Revista de processo**. v. 19, n. 76, p. 114–126, out./dez. p. 114-126. São Paulo.,1994, p. 115.

[353] A maioria dos exemplos é fornecida por Paulo Amaral. AMARAL, Paulo Osternack. **Provas, Atipicidade, liberdade e instrumentalidade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 87 e ss.

de coisas, que poderiam configurar razão a favor ou contra a hipótese em disputa, as quais são bem absorvidas pela concepção de prova enquanto candidata a vestígio ou reflexo documental direta ou indiciária, porquanto referido agente público seria visto como uma *testemunha* e/ou como um auxiliar do julgador, que, por razões de ordem pragmática, examinaria o próprio *vestígio material*, p. ex. o imóvel sob determinadas condições; *ii*) *as declarações extrajudiciais*; *iii*) *as perícias extrajudiciais*;*iv*)*notícias da mídia*[354]; *v*) *a reconstituição simulada dos fatos*, que não passaria de um meio voltado à melhor compreensão de elementos empíricos recolhidos (vestígios materiais e/ou relatos pessoais); *vi*) *a sentença como meio de prova*, que poderia ser vista como um reflexo de segunda mão do(s) vestígios apresentados no processo em que foi proferida.

É certo que se costuma dar três outros exemplos de provas atípicas: *vii*) *carta psicografada*, que obviamente não se enquadra racionalidade inerente ao conceito acima defendido e que, portanto, não poderia ser admitida como prova, *viii*) *a conduta pessoal da parte*; e *xi*) a chamada *prova estatística* (ou prova por amostragem).

Em relação a essas duas últimas, poder-se-ia numa primeira abordagem, encontrar alguma dificuldade de compatibilizá-las com o princípio da necessidade da prova e com o conceito de prova como acesso ao passado por meio dos seus vestígios.

e.a) da conduta pessoal da parte

No que diz com a *conduta pessoal da parte*, esta poderia ser vista como uma prova indiciária[355], submetendo-se à mesma dificuldade que encontra o chamado indício único, há pouco abordado; ou seja, a admitir que o comportamento pessoal da parte pode ser a *única* prova de uma dada hipótese em seu desfavor, via de regra, violaria a necessidade da prova.

Luis Jaramillo crítica aquilo que chama de indício judicial, artificial ou provocado, o que consiste em disposições legais que obrigariam o juiz a construir uma inferência a partir da constatação de determinados comportamentos da parte, como a admissão de vínculo de paternidade unicamente com base na recusa, pelo réu, em fornecer material biológico para o devido exame.[356] Embora sua crítica seja relacionada à tarifação realizada pelo legislador

---

[354] LOPES, João Batista. Provas atípicas e efetividade do processo. **Revista Eletrônica de Direito Processual** – REDP. Volume V. pp. 389 – 402, 2010, p. 397.

[355] Assim, Eduardo Cambi (et. al): "O comportamento processual das partes tanto pode ser admitido como provas atípicas quanto ser considerado prova indiciária, assumindo a natureza de indícios dos quais o órgão judicial pode extrair presunções simples ou judiciais. Além disso, seja o comportamento positivo seja o negativo podem ser valorados judicialmente e, inclusive, de único comportamento processual, poderá o juiz decidir a causa, desde que fundamente corretamente a sua decisão, podendo, para tanto, valer-se da teoria da múltipla conformidade.". CAMBI, Eduardo; HOFFMANN. Eduardo. Caráter probatório da conduta (processual) das partes. **Revista de Processo**, vol. 201, p. 59 – 100, 2011, p. 80.

[356] Jaramillo critica diversos dispositivos do Código geral de processos colombiano, que obrigariam o julgador a

colombiano, pode ser *a fortiori* utilizada para o caso de o julgador, sem o respaldo legal, definir que esse ou aquele comportamento, sozinho, poderia configurar razão suficiente para dar umahipótese por provada.

No processo penal, a valoração do comportamento do acusado ainda encontra outros dois obstáculos: primeiro, em razão do *nemo tenetur se detegere*, ou do direito de não se autoincriminar, que garantiria ao acusado calar-se e assumir uma postura não colaborativa com a acusação, sem que disso possa se inferir qualquer conclusão em seu prejuízo (autoria, estado intencional etc.)[357]; segundo, porque a significação do comportamento normalmente se dá em busca da compreensão de algum traço de caráter, o que revelaria traços de um direito penal do autor, incompatível com nossa ordem democrática[358].

e.b) da prova estatística

Em relação à chamada prova estatística, necessário separar o uso desta como auxílio na significação de um determinado vestígio, como se faz, p. ex. na prova de DNA, onde, valendo-se de modelos matemáticos validados, se consegue quantificar a probabilidade de um determinado vestígio biológico ser proveniente de um determinado indivíduo; ou seja, a prova estatística, assim compreendida, não dispensaria o vestígio, nem mesmo quando este é analisado por amostragem.

---

construir determinadas inferências a partir do comportamento da parte, como no caso do artigo 386.2, que imporia o reconhecimento da paternidade ante à renúncia pelo réu à prática da prova de DNA. *In verbis*: "Se hace referencia en estos casos a indicios endoprocesales ya que el legislador, con estas cargas procesales, obliga al juez construir inferencias probatorias a partir de la conducta procesal de las partes. En los eventos ejemplificados se advierte que el valor tasado de las inferencias indiciarias puede consistir en certeza probatoria o a un alto grado de probabilidade (grave). Se avizora que en estos casos no se le da un valor especial a algún medio probatório en particular, sino que la prescripción del legislador es producir inferencias de certeza. " (JARAMILLO. Luis Bernardo Ruiz. El derecho constitucional a la prueba y su configuración en el Código General del Proceso colombiano. Tese de doutorado perante a Universitat Rovira i Virgili. España. 2017. p. 351). E prossegue mais adiante: "en el mundo presente, peyorativamente los mecanismos salomónicos pueden calificarse de eficientistas, porque en vez estar basadas en una constatación fáctica más segura, y de buscar la corrección del juicio, como es lo propio de la función jurisdiccional, con su componente ficticio, tienden a cumplir fines de carácter político- económico, como es próprio de la función gubernamental. Con la actuación probatoria el CGP con sus artificios salomónicos más que la búsqueda de la verdad la tiende es a producir un símil de lo verdadero; esto es, antes que la verdad se busca es la verosimilitud407; valga decir, lo que aparenta como verdadero. Desde luego, no puede entenderse que el sistema de valoración probatoria del CGP pueda caracterizarse como verosímil; sin embargo, cuando en un proceso judicial en concreto el juez base su decisión sobre cargas procesales del peso probatorio o de distribución del riesgo probatorio puede decirse que tendencialmente lo que se ha probado en ese proceso no es tanto la verdad sino un símil de la verdad."(Idem, p. 355-356).

[357] Para maior aprofundamento: NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. O direito à prova e à não autoincriminação em uma perspectiva comparada entre os processos civil e penal. **Revista de Processo** – REPRO, v. 246, 2015.

[358] No direito anglo-saxão, é muito debatida a legitimidade da chamada *character evidence* (prova do caráter ou da personalidade), tanto pelas questões éticas envolvidas, quanto pelo risco de sobrevaloração. Sobre isso, com mais profundidade: ROBERTS, Paul; ZUCKERMAN, Adrian. **Criminal Evidence**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 581 e ss.; GARGALLO, Andrea Planchadell. La regla de exclusión de la prueba sobre el mal carácter en el proceso penal inglês. In: COLOMER, Juan Luis Gómez (coord..).**Prueba e poceso penal**, pp. 233-261.Valencia: Tirant lo blach. 2008.

Questão mais complexa é se ela, sozinha, enquanto meio para análise da hipótese isolada (*naked*), poderia suprir a necessidade de prova; ou seja, a parte que teria o ônus de provar **H** poderia simplesmente apresentar, como único elemento empírico de apoio, um laudo estatístico, baseado em conhecimento geral construído a partir de estudos sobre a categoria em que **H** se enquadra.

Essa resposta parece que foi fornecida há pouco, quando se defendeu que a ideia que uma elevada factibilidadeda hipótese (quantificada numericamente, ou não) não autoriza, sozinha, sua admissão como provada.

Se uma determinada hipótese, para ser elevada à condição suporte fático da norma que regula o conflito, deve ser provada, ela não poderá ser admitida só porque sua "factibilidade" foi quantificada numericamente, seja esta probabilidade notória ou demonstrada por um *expert*. Afinal, como bem registra Jordi Férrer, se é certo que só podemos raciocinar sobre a ocorrência e o modo de ser de um fato único recorrendo a generalizações, sempre será necessário ter a disposição elementos concretos especificamente relacionados a este e que possam acreditar uma determinada hipótese que versem sobre ele[359].

Voltar-se-á a essa questão logo a seguir e mais adiante (II.3.2).

f) a verificação da existência de prova e o caso "the paradox of the gate crasher"

Muitos dos que estudam a questão da abordagem estatística da prova judicial debruçam-se sobre o seguinte caso criado por Cohen[360], para demonstrar a inaptidão da probabilidade estatística para dar conta do fenômeno probatório judicial. Aqui o utilizaremos para testar o «modelo de constatação da existência de prova» desenvolvido até agora.

"O paradoxo do penetra"

Considere-se um processo judicial em que:

a) uma empresa responsável por um rodeio cobra uma indenização a uma determinada pessoa, sob alegação de que entrou em um determinado rodeio em dia e hora sem pagar pelo ingresso;

b) se admite (*b.a*) que apenas 499 pessoas pagaram pela entrada em um rodeio, e (*b.b*) que havia 1.000 pessoas devidamente sentadas nas arquibancadas, (*b.c*) que a ré é uma dessas pessoas e (*b.d*) que não foram utilizados bilhetes impressos;

c) que não foram (nem há qualquer indicação de que poderiam ter sido) apresentadas

[359] FERRER BELTRAN,*op. cit.*, p. 108.
[360] COHEN, L. J.**The probable and the provable.**Oxford: Clarendon Press, 1977, p. 74.

testemunhas que confirmassem que a ré efetivamente pagou por sua entrada ou pulou o muro do recinto.

Considerando a maior probabilidade estatística de que a ré não tenha pago por sua entrada (50,1%), o caso deveria ser julgado procedente?

É de reconhecer que, até mesmo intuitivamente, se tende a responder que não; que a ré não poderia ser condenada a indenizar a empresa no valor do ingresso acrescido dos custos judiciais; poder-se-ia dizer que, se fosse assim, a empresa poderia, ao final, ganhar o valor de 1499 ingressos, e, mais, que 499 pessoas pagariam duas vezes.

Mas essa probabilidade estatística favorável, sozinha, poderia, a depender apenas de exigências do Sistema relacionadas à medida da eficácia da prova, autorizar a admissão de que a ré entrou no rodeio naquele dia e hora sem pagar?

Faz-se aqui uma concessão, para que se admita que apenas 50 pessoas pagaram pelo ingresso, ou seja, que a probabilidade estatística de a ré ser uma das penetras é de 95%.

Seguindo o roteiro defendido no item I.5, passa-se a organizar a prova apresentada, bem assim, a relacioná-la com as *probandas*.

***E_1**– documento e testemunhas atestando que apenas ingressou em caixa o equivalente a 50 (cinquenta) ingressos e que houve a oportunidade de entrada sem o pagamento[361].

***E_2**–documento (fotografia) atestando que 1000 pessoas estavam na plateia

***E_3**– documento (fotografia - close) atestando que a ré estava na plateia

H_1–"apenas 50 pessoas pagaram o ingresso, ou seja, que 950 pessoas entraram sem pagar"

H_2–"a ré estava na plateia"

H_3–"a ré entrou sem pagar"

_____

E_1↘

→H_1

E_2↗

E_3→ H_2

_____

_____

[361] Admite-se que haveria, sim, como atribuir total credibilidade à referida prova.

Falta verificar qual seria a base para a cadeia de suporte de H_3.Não há, todavia, qualquer candidata a vestígio do evento respectivo. A questão é, então, se $*E_1 + *E_2 + *E_3$podem ser vistas como prova indireta deH_3.

$E_{(1+2)} \rightarrow H_1 \searrow$

$\rightarrow H_3$

$E_3 \rightarrow H_2 \nearrow$?

_____

Não há dúvidas que H_1configura uma razão favorável aH_3.Mas admitir H_2,ou seja, admitir quea ré estava na plateia não pode ser considerada uma razão que favorece a hipótese de ela estar lá como penetra. Admitir que a ré estava na plateia no dia e horário em *nada* reforça a hipótese de que ela fazia parte do subconjunto *A* (pagantes) ou do subconjunto *B* (não pagantes); é apenas condição lógica para seguir com a manutenção das duas alternativas: H_3 e $\neg H_3$.

$E_{(1+2)} \rightarrow H_1 \searrow$

$\rightarrow H_2$

~~$E_3 \rightarrow H_2 \nearrow$~~

_____

$E_{(1+2)} \rightarrow H_1 \rightarrow H_3$

_____

Ou seja, o que se tem como razão favorável aH_3é apenas (o indício) H_1, que a esta se relaciona por uma probabilidade meramente matemática abstraída daquela realidade concreta – sempre que um qualquer conjunto C, com 1000 elementos, estiver dividido em dois subconjuntos, C_1, com 50, e C_2, com 950, será de 95% as chances de um elemento aleatório qualquer de C pertencer a C_2 –; ou seja, o conjunto probatório não tem qualquer aptidão para distinguir a situação da ré dos outros 999 indivíduos que ingressaram no rodeio naquele dia e hora.

Como dito há pouco, a passagem do indício para a *probanda* não pode operar-se por mera proximidade entre as categorias as quais pertencem, merecendo um apoio empírico, e a ideia de indício único reclama a existência de uma associação necessária entre dois eventos, o que não parece ser o caso, porquanto aqui, embora haja uma elevada probabilidade de sua ocorrência, o fato indiciado (a ré, integrante do grupo de 1000, é penetra) definitivamente não é o único que se associa ao indício (950, desses 1000, são penetras).

3.1.2A identidade da prova

O princípio da identidade vincula o julgador quando interpreta a prova (item I.5.2). Segundo o referido princípio, o juiz deve zelar pela fidelidade do "relato" fornecido pela fonte de prova, ou, em outras palavras, deve conter ao máximo a evidência, estabelecendo apenas aquilo que viu e/ou ouviu.

Em outras palavras, o princípio impõe o óbvio: o julgador não pode deturpar, restringir, expandir ou, de alguma forma, acomodar aquilo que "enuncia" a fonte de prova.

Isso poderia levar ao questionamento sobre sua importância, notadamente sobre sua repercussão prática. Entretanto, o princípio da identidade poderia conformar um critério com aptidão para filtrar aquilo poderia ser submetido a uma determinada espécie de controle, fornecendo uma delimitação da espécie de cognição a ser exercida pelo revisor da valoração da prova e, também, delineando a assim chamada matéria exclusivamente de fato. Exemplo disso é a jurisprudência da Corte de Cassação Francesa denominada *deturpacion de l'ecrit*[362].

Assim, diante da prova documentada, do escrito – e os novos tempos impõem admitir arquivos de áudio/vídeo ou imagem –, a parte insatisfeita com o resultado da valoração da prova, poderia aduzir que o enunciado (evidencial) estabelecido pelo julgador, não corresponde ao escrito (documento, termo de declarações, ou arquivo de áudio/vídeo).

Vale mencionar o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que, julgando Recurso Especial nº1.324.482[363], reconheceu que a instância ordinária, ao interpretar a prova, estabeleceu que um determinado documento integrante dos autos se tratava de uma «comunicação, do réu para o autor, acerca de sua *intenção (do réu) de alienar* cota-parte em imóvel condominiado por ambos», quando, na realidade, o documento se referia a negócio diverso ao que se pretendia anular, justamente *o que redundou na aquisição da cota-parte, pelo réu*, perante o condômino que lhe antecedeu. Entendeu a Corte Especial que, nesse caso,

---

[362] KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 353, p. 15-52, jan.-fev. 2001.

[363] "[…] 1. A valoração inadequada da prova dos autos implica error iuris que pode ser apreciado nesta instância sem que se cogite de violação do teor da Súmula nº 7 do STJ. 2. A notificação para o exercício do direito de preferência a que se refere o art. 504 do CC/2002 deve anteceder a realização do negócio.
Espólio que não foi notificado para tal exercício. 3. Uma vez ultimado o negócio sem observância da notificação prévia do condômino, a solução da questão somente pode se dar na via judicial, pela ação de preferência c.c. adjudicação compulsória. 4. Necessidade de remessa dos autos ao juízo da causa para manifestação a respeito dos demais requisitos do direito de preferência, sob pena de supressão de instância. Inaplicabilidade do NCPC ao caso concreto ante os termos do Enunciado nº 1 aprovado pelo Plenário do STJ na Sessão de 9.3.2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 5. Recurso parcialmente provido. (REsp 1324482/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/04/2016, Dje 08/04/2016)

desconsiderando a própria evidência, a instância ordinária violou diretamente a ordem jurídica, especificamente o direito à adequada valoração da prova[364].

3.1.3 A preservação da prova: a prova enquanto experiência que deve ser perpetuada

A exigência de preservação da prova dá origem a um critério vocacionado a dar efetividade ao princípio da necessidade, sendo, também, indispensável para viabilizar o necessário controle sobre a valoração.

Assim, segundo ele, a prova a ser considerada e valorada é aquela que não apenas foi submetida à cognição do julgador e das partes, mas a que restou preservada, documentada, integrada aos autos, e que, por isso, pode ser revisitada.

Se o julgador pudesse considerar e atribuir valor a alguma circunstância que captou e memorizou quando do exame de uma determinada prova – p. ex. coleta das declarações testemunhais –, mas que não restou documentada ou de alguma forma registrada, estar-se-ia renunciando a qualquer espécie de controle e, consequentemente, deixando a correção material da decisão na dependência das virtudes éticas e intelectuais do julgador e da acurácia de sua percepção e memória.

A racionalidade que deve imperar na valoração da prova termina por impor se coloque a *imediação* no seu devido lugar[365], que tem sua importância enquanto método de exame da

---

[364] "Mister esclarecer que ocorreram, em relação ao mesmo imóvel, duas operações distintas e sucessivas no tempo. Primeiramente, o BANCO adjudicou a parte de JOSÉ no imóvel em razão do não pagamento de empréstimo que este dele tomou. Nessa primeira operação, ocorrida em 2003, não houve manifestação do ESPÓLIO a respeito de eventual exercício do seu direito de preferência. Posteriormente, o BANCO alienou sua parte no imóvel a KIM e sua esposa. A demanda está relacionada a esta segunda operação, ocorrida em 2004. O Tribunal de Justiça de São Paulo, julgando a apelação do ESPÓLIO, teceu a seguinte consideração:
"[...] Em sentido diverso daquele apontado pelo autor apelante, ocorreu, de forma efetiva, a prévia notificação realizada pelo corréu Banco do Brasil conforme documento constante de fls. 69, dando conta da assunção de sua cota parte" (e-STJ, fls. 1.843/1.844 – sem destaques no original). O documento a que o acórdão se refere, datado de 6/8/2003 está lançado à e-STJ, fl. 103 ... Esse documento, como se nota de sua simples leitura, não dá notícia, ao ESPÓLIO, da intenção de venda do imóvel a terceiros. Ele apenas comunica ter havido substituição do condômino e a necessidade de que os aluguéis recebidos passassem a ser pagos ao BANCO. *O Tribunal, a toda evidência, confundiu a primeira operação*, contra a qual o ESPÓLIO não se opõe, com a segunda, que é a alienação do imóvel pelo BANCO a KIM e sua esposa. *O documento, portanto, não pode ser tido como notificação prévia para o exercício do direito de preferência na operação de venda entre o BANCO e KIM e sua esposa***.** O Tribunal de origem, como se vê, não valorou a prova de maneira adequada, razão pela qual o entendimento pode ser alterado sem que se cogite de violação do teor da Súmula nº 7 do STJ. *A inadequação da apreciação da prova é error iuris, matéria, portanto, apreciável nesta instância.***(**Grifou-se**).** (pp. 5 e 6 do inteiro teor do Acórdão).

[365]"Así, por ejemplo, resulta significativo que el acento en la convicción judicial como criterio de decisión sobre la prueba se acompañe de la defensa de una concepción muy fuerte del principio de inmediación. Esto tiene pleno sentido, dado que si lo que importa es producir la convicción judicial entonces el mejor método para conseguir esa convicción es la práctica de la prueba ante el juez, garantizando la presencia directa del juzgador, por ejemplo, ante la declaración testifical. Hasta aquí, parece una exigencia bastante razonable. Pero la otra cara

prova, não porque permite que o juiz "sinta" a testemunha ou capte informações que sequer consegue converter em uma linguagem dotada de uma mínima intersubjetividade[366]. Aliás, como se defendeu, essas meras impressões ou sensações sequer poderiam interferir diretamente no resultado da prova[367].

Assim, os elementos que configurariam o suporte empírico da *probanda* devem estar preservados, passíveis de um novo exame, uma nova experiência sensorial, ao menos enquanto houver sentido realizar algum controle sobre a valoração da prova, mediante a sua reinterpretação.

O ideal garantista de controle assegura ao indivíduo inconformado com o resultado da prova a obtenção uma verdadeira revaloração por recurso de apelação, o que só ocorrerá se o julgador *ad quem* puder acessar a própria fonte de informação (ou reflexo documental) eleita como suporte da hipótese admitida (e aquela que foi desconsiderada como tal).

A exigência da «prova preservada», é, pois, critério de contenção da valoração, ou seja, define o que pode (e deve) ser valorado: justamente aquilo que restou registrado, preservado ou documentado; é, ademais, algo que termina por traçar uma espécie de método de valoração, já que o julgador não pode mais se confiar nas impressões que foram se formando ao decorrer do tempo em que a prova era incorporada, impondo-lhe um dever de organizar e reexaminar a prova que efetivamente se preservou.

O princípio da preservação da prova pode ser extraído de uma série de dispositivos de nossa legislação processual, notadamente os que determinam a documentação dos atos

---

de esta versión fuerte del principio de inmediación es, sin embargo, excluyente: en nombre de este principio se impide la posibilidad de revisión de la valoración de la prueba realizada por el juez de primera instancia, suponiendo que siempre y en cualquier caso aquél estará en mejor posición epistemológica que cualquier otro juez o tribunal que pudiera revisar la valoración de la prueba realizada en la primera instancia (FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid, 2007, p. 63). Sobre a imediação no processo penal brasileiro: GOMES, Décio Alonso. **Prova e imediação no processo penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

[366] Nesse sentido, Jordi Nieva Fenoll: "de lo que se trata en este capítulo es de darle al juez, por fin, las herramientas necesarias para que la valoración de la prueba dependa, en la medida de lo posible, de criterios objetivos y explicables, y no de intuiciones generales cubiertas detrás del tantas veces incoherente telón de la «inmediación» 1. En realidad, esa pura intuición es víctima de todo tipo de emociones, inclinaciones, gustos, preferencias y hasta aficiones, elementos que no siempre resultan confesables y que, de hecho, acostumbran a no confesarse, porque lo cierto es que no deberían formar parte de la valoración probatória". (NIEVA FENOLL, Jordi. **La valoración de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 209). Mais adiante ele registra: "b) circunstancias controlables por un juez: por tanto, parece que, realmente, la única posibilidad de descubrir las falsedades en una declaración es analizar esa misma declaración de manera objetiva, y no someter a un examen a la persona del declarante 68. Examen para el que, además, el juez no tiene la más mínima formación. En el fondo, entrando en un plano más jurídico, es lógico que sea así. Valorar a la persona del declarante es lo que, ejerciendo prácticamente de aprendices de brujo, han hecho casi desde siempre los juristas 69, incurriendo en multitud de errores derivados muchas veces de los prejuicios existentes en cada época. (Idem, p. 222)

[367] Não se trata de uma posição ingênua. Aliás é por saber que essas impressões (até mesmo inconscientes) interferem nesse resultado que a valoração da prova que se quer racional deverá ajudar a conter ao máximo que aquilo que não puder ser controlado posteriormente.

voltados ao exame das provas testemunhais[368], interrogatórios[369], à própria disciplina da restauração de autos, donde se exige a repetição da prova, mesmo quando já proferida sentença[370]; e sobretudo a partir da literalidade do artigo 371, do Código de Processo Civil: "o juiz apreciará a prova *constante dos autos*, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento".

Em reforço, vale mencionar o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, proferido no Habeas Corpus nº HC 277.298 que anulou, por manifesta ilegalidade, acórdão que, no julgamento da apelação, se resumiu a admitir as evidências, conforme já estabelecidas pela própria instância *ad quo*, deixando de ir ao acervo documentado, porque se encontrava inacessível ao tempo do julgamento em segundo grau[371].

Embora sem se referir à terminologia aqui utilizada, terminou a Corte Especial admitindo que a prova não preservada, ou não documentada, deveria ser considerada prova inexistente[372].

---

[368] CPC-Art. 460. O depoimento poderá ser documentado por meio de gravação. § 1° Quando digitado ou registrado por taquigrafia, estenotipia ou outro método idôneo de documentação, o depoimento será assinado pelo juiz, pelo depoente e pelos procuradores. § 2° Se houver recurso em processo em autos não eletrônicos, o depoimento somente será digitado quando for impossível o envio de sua documentação eletrônica. § 3° Tratando-se de autos eletrônicos, observar-se-á o disposto neste Código e na legislação específica sobre a prática eletrônica de atos processuais.

[369] CPP - Art. 475. O registro dos depoimentos e do interrogatório será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, eletrônica, estenotipia ou técnica similar, destinada a obter maior fidelidade e celeridade na colheita da prova. Parágrafo único. A transcrição do registro, após feita a degravação, constará dos autos.

[370] CPP- Art. 543. O juiz determinará as diligências necessárias para a restauração, observando-se o seguinte: I – caso ainda não tenha sido proferida a sentença, reinquirir-se-ão as testemunhas podendo ser substituídas as que tiverem falecido ou se encontrarem em lugar não sabido; II – os exames periciais, quando possível, serão repetidos, e de preferência pelos mesmos peritos; III – a prova documental será reproduzida por meio de cópia autêntica ou, quando impossível, por meio de testemunhas; IV – poderão também ser inquiridas sobre os atos do processo, que deverá ser restaurado, as autoridades, os serventuários, os peritos e mais pessoas que tenham nele funcionado; V – o Ministério Público e as partes poderão oferecer testemunhas e produzir documentos, para provar o teor do processo extraviado ou destruído.

[371] "[...] 4. Hipótese em que o Tribunal de origem, ao julgar a apelação, concluiu não ser possível analisar a prova produzida por sistema audiovisual, por falta de recursos tecnológicos. Chegou a cogitar considerar a prova inexistente e absolver o réu, mas acabou por decidir o recurso com base no que foi exposto na sentença condenatória, o que é inadmissível. 5. Diante de tal situação, em que um réu está sendo julgado, em sede de apelação, por um Tribunal que não tem acesso à prova produzida, apenas com base no que constou da sentença de primeiro grau, a duração razoável está se sobrepondo a direitos e garantias constitucionais mais relevantes. 6. De rigor, portanto, a realização de novo julgamento, mediante a apreciação de toda a prova produzida, ainda que, para isso, seja necessária a baixa dos autos ao Juízo de primeiro grau para degravação. Em consequência, considerando o quantum da pena aplicada na sentença de primeiro grau e o tempo de prisão, deve o paciente aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação. 7. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício para o fim de anular o julgamento da apelação, devendo o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferir novo julgamento, mediante a apreciação de toda a prova produzida, ainda que, para isso, seja necessária a baixa dos autos ao Juízo de primeiro grau para degravação. Deve o paciente aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação. (HC 277.298/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2014, DJe 17/12/2014).

[372] "Sob o argumento de garantir a duração razoável do processo, violou-se o devido processo legal, a ampla defesa e o duplo grau de jurisdição. A apelação é recurso de ampla devolutividade. Nas razões recursais, o ora paciente requereu a absolvição por insuficiência probatória. *É inadmissível que o Tribunal de origem julgue o*

3.1.4 Originalidade da prova

O princípio da originalidade da prova pode ser visto como um vetor que demanda uma a máxima aproximação entre o julgador e o (candidato a) vestígio, consistente na pessoa ou coisa que teria sido sensibilizada pelo evento que se pretende reconstruir em juízo, de sorte a (*i*) forçar a supressão de intermediários e (*ii*) assegurar que o objeto da experiência sensorial do julgador não sofreu nenhumaespécie de contaminação/alteração[373].

É princípio que geralmente se concretiza mediante a interferência do legislador, mas que deve incidir diretamente na valoração, associando maior eficácia probatória à ausência (*i*) de fontes de contaminação da prova e (*ii*) de intermediários entre o juiz e a coisa ou pessoa sensibilizada, chegando a respaldar a própria desconsideração, como suporte probatório, de elementos de prova contaminados ou que consistam em um intermediário desnecessário, como, p. ex., do testemunho de ouvir dizer ou do testemunho de opinião (sobre outras fontes de informação).

É certo que normalmente os sistemas já concretizam tais vetores quando da definição daquilo que poderá ser incorporado como prova e/ou do meio que se deverá seguir. Todavia, não é raro encontrar regras com a mesma função, que incidem na valoração, coarctando a eficácia da prova incorporada, retirando-lhe a capacidade de estabelecer ou servir como suporte para determinadas narrativas, como a do artigo 408, do Código de Processo Civil, que

---

*recurso defensivo com base no que foi dito na sentença de primeiro grau, sem examinar a prova produzida***.** A Corte estadual ficou impossibilitada de concluir se todo o conjunto probatório efetivamente deveria levar à condenação e se os trechos dos depoimentos selecionados pelo Juiz a quo são mesmo os mais relevantes. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo afirmou que o Juiz de primeiro grau, ao realizar a audiência por sistema audiovisual, adiantou-se no emprego de sistema ainda não adotado naquela Corte. *Entendeu ter sido criado "efetivo e intransponível obstáculo para o reexame da prova produzida". Chegou a cogitar considerar a prova inexistente e absolver o réu, mas acabou por decidir o recurso com base no que foi exposto na sentença condenatória.*Diante de tal situação, em que um réu está sendo julgado, em sede de apelação, por um Tribunal que não tem acesso à prova produzida, apenas com base no que constou da sentença de primeiro grau, tenho a convicção de que a duração razoável está se sobrepondo a direitos e garantias constitucionais mais relevantes. De rigor, portanto, a anulação do acórdão atacado, devendo ser realizado novo julgamento da apelação, mediante a apreciação de toda a prova produzida, ainda que, para isso, seja necessária a baixa dos autos ao Juízo de primeiro grau para degravação" (grifou-se). (p. 20 do inteiro teor do acórdão).

[373] "*Principio de la originalidad de la prueba*. Este principio significa que la prueba en lo posible debe referirse directamente al hecho por probar, para que sea prueba de éste, pues si apenas se refiere a hechos que a su vez se relacionan con aquél, se tratará de pruebas de otras pruebas; ejemplos de las primeras son las inspecciones judiciales sobre el bien objeto del litigio, los testimonios de quienes presenciaron el hecho por probar, el documento contentivo del contrato discutido; ejemplos de las segundas, son las declaraciones de testigos de oídas, es decir, que oyeron referir el hecho de quienes lo presenciaron. Por consiguiente, si existen los testigos presenciales, debe oírseles directamente. en vez de llamar a quienes se limiten a declarar sobre lo que aquéllos les informaron; si existe el documento original del contrato, debe allegársele en vez de reconstruirlo con testimonios, y así en casos análogos. De otra manera no se obtiene la debida convicción.Y se corre el riesgo de desvirtuar los hechos y de llegar a conclusiones erradas. Esto rige tanto para lo civil como para lo penal." (ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba Judicial.** Buenos Aires: V.P. de Zavalía, 1976, p. 130).

impede que um documento subscrito por *A***,** onde este reconhece ter ciência de um fato, sirva como suporte para que se possa estabelecer o respectivo enunciado (a ocorrência do fato cuja ciência foi registrada no documento), salvo se isto se der contra o interesse de *A*; de forma que sua eficácia probatória terminou contida, para estabelecer tão somente o enunciado "*A* teve ciência do respectivo fato"[374].

Isso se dá obviamente porque o legislador quer forçar a adoção do meio de prova que permite mais proximidade do julgador e maior controle pelas partes, de forma que o declarante deve comparecer como testemunha para submeter-se ao exame cruzado de todos os protagonistas da relação processual, o que conforma o meio válido para incorporar ao processo a memória sensibilizada[375].

O Código de Processo Penal, antes da reforma de dezembro de 2019, embora implicitamente admitisse a substituição do comparecimento da testemunha, perante o juiz e as partes, pela análise do registro de seu depoimento prestado na fase de investigação, impedia que estes elementos transmitidos da investigação conformassem sozinhos o suporte da hipótese acusatória (CPP-155)[376], não importando a força da corroboração que pudessem propiciar [377].

A originalidade da prova, nessa acepção, termina se confundindo com o princípio da imediação, que costuma ser abordado apenas no âmbito da produção da prova, como critério que impede ou contraindica a própria incorporação do elemento de prova. Todavia, como se viu, há situações em que não há como impedir a incorporação — um determinado elemento de prova pode ter duas vocações e pode ser impossível a sua divisão: uma determinada testemunha pode terminar declarando, no julgamento, sobre fatos que teve ciência direta e fatos que soube por ouvir dizer[378].

A originalidade, todavia, não se resume a isso; incorpora também a ideia de

---

[374]CPC - Art. 408. As declarações constantes do documento particular escrito e assinado ou somente assinado presumem-se verdadeiras em relação ao signatário. Parágrafo único. Quando, todavia, contiver declaração de ciência de determinado fato, o documento particular prova a ciência, mas não o fato em si, incumbindo o ônus de prová-lo ao interessado em sua veracidade.

[375] Um documento pode ter seu valor limitado – CPC 408, parágrafo único – pode servir para provar $\mathbf{H_A}$, mas pode não servir para provar $\mathbf{H_B}$; pense-se numa declaração documentada com firma reconhecida em cartório, que pode servir para provar que essa pessoa já sabia dessa informação antes, mas não pode servir como prova da informação em si, isso pela interposição de um intermediário indevido – o documento – quando o Sistema impõe que a prova se dê com o exame, em imediação e contraditório síncrono, da própria testemunha.

[376] Salvo se se tratasse de provas irrepetíveis.

[377] A legislação processual de praticamente todos os países civilizados impede se estabeleça qualquer fato probatório, ou se use para reforçar fato probatório estabelecido, a chamada *hearsay*.

[378] Por vezes, determinada prova pode ter a uma dupla vocação – a testemunha pode declarar o que viu e o que ouviu de terceiro; um documento pode estabelecer um fato e, também, que uma determinada pessoa foi cientificada desse fato -, de sorte que o julgador, mesmo tendo conhecimento da prova como um todo, pode se ver impedido de extrair determinada informação.

mesmidade ou autenticidade da prova, de sorte que seu valor e até mesmo a sua capacidade de servir como suporte para a admissão dos enunciados respectivos pode exigir o preenchimento de formalidades voltadas a reforçar que a prova é ou corresponde ao vestígio tal e qual remanesceu após fato que se pretende reconstruir, que não teria sido substituído, alterado, contaminado, deteriorado ou mesmo que não teria havido oportunidade para isso.

Por fim, vale mencionar como decorrência da originalidade a instituição da chamada cadeia de custódia da prova[379], que, a depender das consequências previstas para o seu descumprimento, pode ser vista como uma espécie de prova legal negativa, o único caminho para autenticar (conferir confiabilidade mínima à respectiva fonte), ou como circunstância que afeta a confiabilidade da prova e que deve ser considerada pelo julgador na aferição de seu valor.[380]

3.1.5 A exclusividade da prova (ou vedação do conhecimento privado do juiz)

A exclusividade da prova é decorrência do princípio da necessidade, tratados em conjunto por muitos [381]. Segundo a vedação do conhecimento privado do julgador, a figura do juiz-testemunha deve seja afastada do processo[382]. Mas o princípio da exclusividade é, também, um critério negativo de valoração, que serve para delimitar o que pode ser valorado.

Vai-se mais longe, para defender que não se faz necessário apenas que uma «prova devidamente incorporada ao processo» configure o apoio empírico inicial da cadeia de sustentação da *probanda*, mas é também indispensável que nenhum outro elemento empírico (que não tenha sido validamente incorporado ao processo) ocupe com ela essa posição de fonte de informação ou de base para a cadeia de suporte.

---

[379] CPP – 158.

[380] O legislador brasileiro apenas recentemente disciplinou a cadeia de custódia da prova (CPP-158-A e ss.), deixando, todavia, de cominar a sanção de invalidade para o caso de violação ou quebra. Em razão disso, o STJ definiu que: "a autenticação de uma prova é um dos métodos que assegura ser o item apresentado aquilo que se afirma ele ser, denominado pela doutrina de princípio da mesmidade" ... "mostra-se mais adequada a posição que sustenta que as irregularidades constantes da cadeia de custódia devem ser sopesadas pelo magistrado com todos os elementos produzidos na instrução, a fim de aferir se a prova é confiável ..." (HC n. 653.515/RJ, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 23/11/2021, DJe de 1/2/2022).

[381] Ovídio Baptista: "Segundo esse princípio, que de certo modo é um reflexo das regras sobre o ônus da prova, os fatos afirmados pelas partes hão de ser suficientemente provados no processo, não sendo legítimo que o juiz se valha de seu conhecimento privado para dispensar a produção de prova, de algum fato de cuja existência ou veracidade esteja ele ciente por alguma razão particular. O princípio segundo o qual o juiz não pode valer-se de fatos de seu conhecimento privado foi defendido calorosamente por Bentham. Segundo o célebre jurista e filósofo inglês, o juiz não pode pronunciar uma decisão sobre uma determinada questão de fato que não esteja estabelecida por escrito ou provada por testemunhas, assegurado o princípio do contraditório". SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil:** processo de conhecimento; volume I. São Paulo, 1998, p. 346.

[382] STEIN, Friedrich. **El conocimiento privado del juez:** investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos processos. Trad. Andres de la Oliva Santos. Bogotá, Temis, 1988.

Assim, as coisas ou fatos que o juiz tiver conhecido de maneira privada — fora do processo — sequer poderão ser utilizados para algum reforço do suporte fornecido por uma dada evidência validamente incorporada.

Não é incomum a violação do referido critério, o que se dá, p. ex., quando o julgador, no momento da valoração, resolve consultar na internet para conhecer outros fatos que possam guardar relação com o caso sob julgamento — registros de outros processos, postagens em redes sociais, imagens do *google streets*, *google earth* etc — prática que termina consistindo numa reabertura da fase de instrução, sem o devido respeito às regras de validação da incorporação das fontes de informação.

Registre-se que quando se fala do conhecimento privado do julgador, está-se referindo ao conhecimento sobre fontes de informações (pessoas, documentos etc.), fatos ou narrativas concretas; não havendo assim como confundi-lo com as chamadas máximas da experiência, que consistem em saberes dotados de abstração e compartilhados pela coletividade, ou, como diz Ovídio Baptista, premissas (*teóricas*) sociabilizadas[383], não consistindo conhecimento privado do juiz, tampouco fonte de informação que se relaciona especificamente ao *thema decindendum* (sobre elas voltar-se-á a falar no item II.4).

3.2 A Valoração como Verificação da Suficiência da Prova: os Standards Probatórios (Externos)

De fato, o sistema de valoração de prova até agora estabeleceu condições mais ou menos objetivas para que se verifique a existência do indispensável elemento empírico base da cadeia de suporte. O Sistema até aqui desenvolvido apresenta, assim, alguma aptidão para combater o arbítrio do julgador quando a valoração deveria se esgotar no reconhecimento da ausência de prova, de sorte que só apresentou critérios para identificar se uma prova configura razão objetiva em favor de uma dada hipótese(a ideia de vestígio, de causalidade). Todavia, existindo razões objetivas favoráveis à *probanda*, oriundas do exame de elementos empíricos validamente incorporados ao processo como prova, forçoso reconhecer que ainda não se apresentou pauta (ou critério) para definir se essas razões são suficientes para admiti-la como provada.

Daí, logo emerge uma questão relacionada à necessidade ou conveniência de um

[383] É fundamental a apreensão dessa ideia, para que a valoração seja institucionalizada, para que não seja hermética, dominada pelo subjetivismo do julgador.

modelo de constatação (externo e prévio), que determine ou ao menos sinalize o nível de suficiência probatória, ou se este será definido pelo julgador, caso a caso.

Tentando avançar, deve-se perquirir se a ideia de justificação epistêmica (ou de busca de razões epistemologicamente validadas), que advém da abertura do Sistema à Epistemologia, dispensaria a necessidade de um indicativo (externo e prévio)da suficiência da probatória que promovesse um "fechamento" da valoração adequado às finalidades do Sistema: a redução e alocação do risco de erro, ao que se agrega o ideal de segurança jurídica ou previsibilidade.[384]

Uma série de razões indica que não.

Condicionar a admissão do «fato provado» à presença de razões validadas por uma epistemologia ortodoxa ou intelectualista, encontra dois inconvenientes: *i*) primeiro, como já dito (I.2.3), isso se mostraria irrealizável, já que as razões ótimas na maioria dos casos não serão alcançadas, nem tampouco se terá um *homo epistemicus* como julgador, o que poderia levar a um elevado risco de «falsos negativos» e a inviabilidade do próprio Sistema de Justiça; *ii*) segundo, isso parece extrapolar as necessidades deste.

É de se admitir, então, que, a depender dos interesses que estão em disputa, uma justificação menos exigente, ou um nível subótimo de razões de apoio, poderia mostrar-se apta a propiciar um balanço adequando entre os riscos de «falsos negativos» e de «falsos positivos».[385]

---

[384] Ravi Peixoto enumera as funções de um standard probatório: "a) orientação dos sujeitos processuais; b) guia objetivo para a avaliação das provas (heurística) e c) distribuição dos Riscos" (PEIXOTO, Ravi. **Satandards probatórios no direito processual brasileiro.** São Paulo: Editora Juspodivm, 2021, p. 69). Na medida em que o standard consegue em alguma medida objetivar (intersubjetivar) a definição da suficiência, o próprio processo de tomada de decisão (*b*), gerará como consequência automática alguma previsibilidade decisória; ou seja, permitirá que os sujeitos processuais se orientem na proposição de elementos probatórios e na construção de sua argumentação (*a*). Como consequência da opção por um determinado grau de suficiência, logrará (também), em alguma medida alocar o risco de erro entre «falsos negativos» e «falsos positivos».

[385] Perceba-se que, se a opção por fixar standards probatórios externos pode estar relacionada com a necessidade de se assegurar mais controle e mais previsibilidade da decisão; a escolha por um standard ou outro está relacionada diretamente à sinalização de uma preferência (ou não) por um dos interesses em disputa e, consequentemente, à locação do risco do erro entre «falsos positivos» e «falsos negativos». Assim tambpem, BADARÓ, Gustavo. **Epistemologia judiciária e prova penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 249; PEIXOTO, Ravi. Satandards probatórios no direito processual brasileiro. São Paulo: Editora Juspodivm. 2021, p. 69; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. **Revista Direito GV**, v. 16, n. 2. 2020, p. 19 . Pode-se mencionar ainda Rafael Zottis, que trata do standard sobre uma perspectiva subjetivista da prova: sua premissa é de que "a busca da verdade não pode consistir no elemento fundante de um processo penal democrático e em um modelo de sistema processual penal de natureza acusatória (...)" (ZOTTIS, Rafael. **Standards de prova e a dúvida razoável no processo penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022, p. 27). Aponta, então, como a finalidade primeva do standard, a viabilização do controle decisório via motivação, nas suas palavras "preferimos, contudo, até mesmo em razão de conhecer e discordar das premissas que levam este autor a tratar deste instituto como uma ferramenta de distribuição de erros, abordá-la como um mecanismo de controle e redução de danos ..." (*Ibidem*, p. 36), Entretanto, termina reconhecendo essa função de "redução de

Então, recorrendo-se mais uma vez ao ideal (garantista) de controle, indispensável à contenção do arbítrio decisório e, consequentemente, para assegurar um bom nível de segurança jurídica e, consequentemente, reduzir, a indesejada seletividade do Sistema de Justiça[386], e, considerando, por outro lado, que a definição do grau de suficiência da prova, por ter um impacto direto na alocação do risco de erro, traduz-se nitidamente numa escolha axiológica[387] ou política, não se poderia simplesmente abir mão um modelo que forneça um referencial prévio e externo que defina/indique um piso ou uma graduação mínima (*decisional thereshold*) do apoio que a prova fornece à hipótese[388], como requisito para que esta seja admitida como provada.

Emergem, agora, questões relacionadas à factibilidade de um ou mais modelos de constatação da suficiência probatória (standard probatório externo), que tenha(m) a aptidão para: (*i*) projetar, para a concretização do Sistema, a percepção da comunidade acerca da (as)simetria entre as consequências dos erros na decretação do «fato provado» e do «fato não provado», a depender dos interesses em disputa e das suas respectivas preferências morais, substituindo na medida do possível as preferências morais do julgador; e (*ii*) assegurar o ideal garantista de controle, de contenção do subjetivismo decisório ou de maximização das chances intersubjetivação do processo decisório.

Essa é uma questão que está longe de ser pacificada[389]; todavia, como em nenhum

---

danos" – que nada mais seria que a condenação de um inocente –, nas suas palavras, "a exigência de um conjunto probatório que gere certeza acima da dúvida razoável para desconstituir a presunção de inocência demonstra, por exemplo, uma política criminal que, em tese, deveria ser pautada pela primazia da liberdade, dando o grau de rigidez do modelo de constatação eleito nos processos criminais; desta forma, ao menos em teoria, optou-se por dar preferência a absolver um culpado do que condenar um inocente. Idem, p. 53.

[386] É de se perquirir, então, se nossa ordem constitucional permitiria que o mesmo conjunto de provas (que fornece apoio a **H**) respalde a condenação de João, se o julgamento se der pelo julgador *A*, e não respalde sua condenação se julgador for *B*? Ou, ainda, o mesmo conjunto probatório leve à condenação de João e depois à absolvição de José, quando não houve qualquer diferença entre as provas ofertadas contra João e contra José?

[387] Para Badaró, "a adoção de um elevado standad de prova, normalmente indicado com a expressão "além da dúvida razoável", é claramente uma escolha política. Isso porque opta-se, conscientemente, por privilegiar a manutenção do estado de inocência, e, em última análise, a liberdade. Se de um lado, o standard de prova é elevado e, de outro, todo o ônus da prova incide sobre a acusação, é de se concluir que haverá, na distribuição de erros, muito mais culpados absolvidos do que inocentes condenados." BADARÓ, Gustavo. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019, p. 249.

[388] Sobre o assim chamado standard de prova, "sua função consiste em fixar o grau de corroboração suficiente para que uma hipótese seja considerada verdadeira." (MATIDA, Janaína; VIEIRA, Antônio. Para além do BARD; uma crítica à crescente adoção do standard de proa "para além de toda a dúvida razoável" no processo penal brasileiro. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 156, p. 221 – 248. 2019, p. 5). Ainda: "entonces lo que se exige al juzgador de los hechos no es, estrictamente hablando, que determine si el acusado es culpable o es responsable, sino que – evitando las especulaciones, los caprichos, los prejuicios y, como lo expuso el Tercer Circuito, «las presuposiciones, las conjeturas, o las especulaciones» – *determine si la culpabilidad del acusado o la responsabilidad del demandado ha sido establecida por las pruebas presentadas al grado exigido*". HAACK, Susan. El probabilismo jurídico. Una disensión epistemológica. In: Vázquez C., (ed.). Estándares de prueba y prueba científica. **Ensayos de epistemología jurídica**, pp. 65 – 98. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 74.

[389] A definição sobre a viabilidade, a necessidade e conveniência de um modelo de prova com standards de

momento desse caminho cogitou-se da possibilidade de uma plena objetivação do processo de tomada de decisão, mas tão-somente da tentativa de promover uma intersubjetivação de cada um dos passos a ele inerentes, não há como aderir a uma postura mais radical de que os *stadandards* probatórios seriam inconcebíveis, mesmo porque se mostra forçoso reconhecer, por exemplo, que nada há de utópico, muito ao contrário, em definir-se aprioristicamente se aquilo que poderíamos chamar de um «modelo de constatação de suficiência lógico»— a existência de razões epistêmicas que autorizam a preferência pela hipótese (**H**) em detrimento da sua antítese (**¬H**) — é suficiente para legitimar a admissão de **H** como provada, ou se, por alguma razão, deve-se instituir um modelo mais rigoroso.

Daí porque se buscará no próprio Sistema, até como subsídio para ajudar uma posição mais segura sobre a factibilidade dos assim chamados *standards probatórios* (externos), algum sinal de sua adoção pelo legislador brasileiro, ou seja, perquirir-se-á sobre a existência de normas que poderiam ser compreendidas como a opção por reter no plano legislativo parte da decisão sobre a definição da suficiência probatória.

De logo, percebe-se que o legislador brasileiro, reconhecendo de forma genérica a

---

probatórios; ou seja, com a definição (ou indicação), pelo Direito, de um ou mais níveis de suficiência, é algo longe de ser pacífico. São diversas as críticas. Daniel Lagier, p. ex, parte das ideias de distinção entre uma justificação pragmática e epistêmica, para defender que, à medida em que um standard imponha a aceitação de uma hipótese, como verdadeira, em contrariedade à crença do julgador, isso implicaria em renunciar o ideal de verdade (entendido como crença epistemicamente justificada). *In verbis*: "En estos sistemas de libre valoración las razones para aceptar la hipótesis condenatoria son de dos tipos: por un lado, razones para creer (para reducir el error), que son los indicados por los criterios de valoración de la prueba; por otro lado, razones -si se quiere, de segundo nivel- para considerar suficiente el grado de certeza o justificación alcanzado, esto es, para aceptar. Estas razones de segundo nivel son de tipo práctico (relativas a cómo queremos distribuir el coste de las equivocaciones: en Derecho penal, por ejemplo, se asume que es más grave condenar a un inocente que absolver a un culpable, por lo que el grado de suficiencia exigido debe ser más elevado). Es decir, la hipótesis que se acepte debe estar epistemológicamente fundada, pero con un grado de justificación que ha de superar cierto umbral o reunir ciertos requisitos. *Por ello es posible en los casos de valoración libre que el juez crea que la hipótesis es correcta, pero no la acepte (no supera el estándar de prueba), pero no puede ocurrir que el juez la acepte sin que existan razones para creerla (aunque de hecho el juez no la crea)*." (GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba. **Revista Telemática de Filosofía del Derecho**, 23: 79-97. 2020.p. 90). Lagier segue com as críticas, apontando o caráter circular do standard que, em formulações mais conhecida, como a de Jordi Ferrer, se reportaria a critérios de valoração (ou seja, de acesso ao conhecimento verdadeiro), como a capacidade explicativa e capacidade de eliminação de hipóteses, que seriam, na realidade, critérios de valoração, sendo equivocado tratar esse último critério como algo de "tudo ou nada". Conclui que não haveria como formular um standard probatório preciso e objetivo, mas reconhece a utilidade de alguns standards. *In verbis*: "Me parece que las anteriores consideraciones apuntan en la dirección de que, aunque sea posible eliminar referencias directamente subjetivas de los estándares que pretenden señalar el grado de prueba exigido, no es posible formularlos de una forma precisa que permita superar su vaguedad intensional y su vaguedad gradual. El camino hacia el estándar de prueba preciso parece bloqueado. No obstante, no todos los estándares de los que disponemos son completamente inútiles o contraproducentes. Algunos de ellos son, al menos, mínimamente informativos ..." (Ibidem, p. 96). Por outro lado, há quem faça uma defesa eloquente dos standards, como se estivesse ali o caminho para uma prova judicial desconectada da convicção do julgador, como é o caso de Jordi Férrer Beltrán. FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba sin convicción:** estándares de prueba y debido proceso. Madrid: Marcial Pons, 2021.

assimetria entre as consequências do reconhecimento equivocado do «fato provado» e do «fato não provado», estabeleceu que, ante um quadro de inesclarecibilidade (onde a prova incorporada não fornece razões epistêmicas que permitissem uma opção intersubjetivável por **H** ou por **¬H**), deverá ser reconhecido o «fato não provado»(CPC-373[390]), retirando do julgador a possibilidade de, ante um quadro de indefinição, buscar ou criar algum critério para admitir **H** como provada[391].

Prosseguindo, constata-se que a lei processual brasileira, ainda que não tenha feito de forma expressa e mediante os termos empregados no Direito anglo-saxão[392], onde o instituto se originou, estabeleceu dois standards probatórios (externos): para o processo civil (patrimonial) e para o processo penal condenatório.

De fato, aderindo ao entendimento de muitos, deve-se reconhecer que o Sistema parece sofrer mesmo de grave imprecisão quando em jogo valores não patrimoniais diversos da liberdade de ir e vir.

3.2.1 O Standard da preponderância ou lógico.

Há como sustentar, partindo do princípio da necessidade da prova, que o julgador só poderá interferir no estado das coisas — impedindo que *B* frua um determinado bem da vida e

---

[390] CPC - 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.
§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.
§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. (...)".

[391] Bom registrar que a inversão do ônus da prova, condicionada a determinados requisitos, não levará ao reconhecimento de **H** como provada independentemente de haver razões que autorizem uma preferência por ela. Na realidade, será **¬H** (ou um modal desta, p. ex. $\neg H_1$) que, assumindo a condição de objeto da prova, poderá reconhecida como não provada. Perceba-se que a opção pelo ônus da prova (ao invés de deixar o julgador livre para definir em favor de quem resolverá a *quaestio facti*) faz com que o balanço entre o risco de «falsos positivos» e «falsos negativos» onere essa última espécie; na medida em que se precisa de razões positivas intersubjetiváveis, apoiadas em elementos empíricos e adequadas aos critérios estabelecidos pelo Sistema, que autorizem o reconhecimento do «fato provado»; ou seja, quando essas não existem de forma clara, o "empate" impõe o «fato não provado». Daí porque se pode defender que o Sistema já considera menos gravoso o «falso negativo». Há razões de ordem política, moral e pragmática que respaldem isso. A propósito vale recordar a lição de Taruffo no sentido de que opção por um modelo de prova que resista mais ou menos à decretação do «fato não provado» não tem a ver com uma postura mais ou menos autoritária do Estado, mas sim com uma postura mais ou menos paternalista. De fato, isso não deixa de ser uma espécie de dividisão de encargos entre o Estado e o indivíduo, atribuindo a estes ao menos parte da responsabilidade pela formação do conjunto probatório ideal.

[392] Preponderância da prova (*preponderance of the evidence*) ou prova mais provável que sua negação (*more probable than not*); prova clara e convincente (*clear and convincing evidence*); e prova além da dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*).

colocando este sob a fruição de *A*— se se provar que esse *statu quo* foi fruto de um ato ou omissão contrária ao Direito perpetrada por (ou em benefício de) *B*.

O valor liberdade, aí, reclama que a prova seja aportada justamente por aquele que, a pretexto de o estado de coisas ter decorrido de uma atuação (ou omissão) contrária ao Direito, pretende alterá-lo. Haveria, assim, uma espécie de presunção da normalidade de atuação conforme o Direito.

Para essas situações, mostra-se lógico que o bem em disputa seja, ao final do trâmite do processo,entregue àquele que a prova incorporada aponta como o legítimo titular do bem da vida em disputa. Entender que há um vetor pela manutenção do *statuquo*, que não se contentasse com uma prova que propiciasse razões (intersubjetiváveis, apoiadas em elementos empíricos e adequadas ao Sistema) para fazer **H** preponderar sobre **¬H**, ou para autorizar uma preferência por **H**, seria valorizar em demasia o *status quo*, fruto do poder físico, econômico ou tecnológico, não necessariamente conforme o Direito.

Nosso legislador, ainda que implicitamente, parece que fez isso. O art. 300, do Código de Processo Civil, dispõe que "a tutela de urgência será concedida quando houver *elementos* que *evidenciem* a *probabilidade do direito* e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo"[393].

Perceba-se que se exigiu para legitimar a alteração do *statu quo*— para determinar a passagem do bem da vida, da fruição do réu, para a fruição do autor — que a maior probabilidade do direito do autor,entendida como a superioridade das razões que o amparam, esteja apoiada em elementos empíricos. Ou seja, exige a lei que haja um suporte epistêmico que deixe a hipótese do autor (e consequentemente o seu direito) com mais garantias/razões para ser admitida, se comparada à hipótese (ou conjunto de hipóteses) que beneficiariam o réu.

Parece claro, assim, que, para a antecipação da tutela, se considerou suficiente a

---

[393] Embora sejam muitas as interpretações possíveis; há razões para não se aceitar a ideia de probabilidade como verossimilhança ou como *fumus boni iuris*, primeiro, porque a mudança nos termos, pelo próprio legislador, parece indicar que se trata de coisas diferentes; segundo, porque a verossimilhança equivale a uma ideia de compatibilidade com o que ordinariamente acontece e a lei parece exigir elementos empíricos de apoio. Assim é que, por exclusão, apoiando-se nos pressupostos do Sistema até aqui assumido, deve-se entender que o sentido da norma é de exigir a presença de razões objetivas (intersubjetiváveis), apoiadas em elementos empíricos, que deixem a hipótese fática que apoia o direito do autor mais provável que a hipótese fática que apoia o direito do réu; registrando que não basta alguma razão favorável a H, mas razões fortes o suficiente para autorizar uma preferência racional por **H**. Nesse sentido: a) MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de urgência e tutela da evidência. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017, p. 147; b) MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 123; c) DAVID. Tiago Bitencourt; BELUCCI, Gustavo H. Pacheco. Standards probatórios e tutelas de urgência. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, a. 16, v. 23. n. 2. pp. 1288-1309, 2022, p. 1299 – 1300.

preponderância de **H**(hipótese defendida pelo autor) sobre **¬H**(sua antítese). Registre-se que, aí, a conclusão sobre a preponderância é provisória, notadamente por o suporte ser incompleto, formado unilateralmente e ainda não exposto à crítica da parte contrária. Ou seja, ter-se-ia, então, a conclusão de que **H** prepondera sobre **¬H** a partir de um juízo fruto de uma cognição superficial sobre um conjunto informativo precário (ou incompleto). Mas essa pouca segurança terminou sendo considerada, pelo legislador, como suficiente à alteração do estado das coisas justamente por conta de uma situação de urgência, que impediria que uma análise mais cuidadosa se operasse sem o risco de causar danos àquele que demonstrou a preponderância de sua hipótese.

A questão que se põe, então, é se, ao fim do processo, após toda uma sorte de críticas do réu, após a consolidação de um quadro probatório mais completo, examinado detidamente sob os pontos de vista dos protagonistas da relação processual, restando mantida a preponderância de **H** sobre **¬H**, teria algum sentido lógico em reverter a tutela concedida porque não se atingiu um grau de confirmação maior, que sequer foi expresso em alguma norma? Haveria sentido em dar o bem da vida para que o autor frua durante o processo com base em uma cognição sumáriasobre um conjunto de provas limitado que conclua que atingido o chamado standard da preponderância e, após, com a ampliação do conjunto probatório e o aporte dos argumentos da parte contrária,mantida a conclusão de que seu direito (sua hipótese) prepondera, retirar-lhe o bem da vida?

Reitere-se que a situação de urgência é requisito da autorização de inversão do estado de coisas justamente por conta da precariedade do conjunto informativo — unilateral e não submetido à fiscalização pela parte adversa — e da cognição — superficial, única compatível com a urgência.

Assim, quer porque não há sentido em valorizar tanto o *statu quo*, quer pelo tratamento que foi conferido à antecipação da tutela, pode-se afirmar que, ao menos nas ações de natureza cível/patrimonial[394], o *standard* da preponderância lógica foi o adotado por nosso ordenamento processual.[395]

---

[394] Faz-se necessária essa ressalva, porque o raciocínio até agora desenvolvido – que termina por reconhecer (em nome da urgência ou minimização de danos) uma espécie de legitimidade de um rebaixamento do "standard de cuidado" (*standard of caution*), expressão de Ho Hock Lai (HOCK LAI, Ho. A philosophy of evidence law: justice in the search for truth. Oxford: Oxford University Press. 2008. p. 188 e ss.), equivalente à ideia de uma superficializada da cognição – não poderia ser estendido a uma antecipação da tutela em casos de uma considerada assimetria entre os efeitos de um «falso positivo» e um «falso negativo» no deferimento da antecipação da tutela.

[395] Daniel Mitidiero defende que a exigências para a decisão de mérito teriam que ser maiores. MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela:** da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019, (versão eletrônica).

3.2.2Um standard mais rigoroso no processo penal: o «além da dúvida razoável» (ADR)

O processo penal tem uma estrutura diferente da do processo civil: sua marca principal é uma desigualdade que se estabelece e o acompanha do começo ao fim — o chamado *favor rei*.

Sua partida, por convenção quase que universal, é marcada pelo «estado de inocência», que não é a mesma presunção de licitude do *status quo* acima mencionada, mas algo maior, mais profundo, principiológico, contaminante de todo o processo.

A presunção de inocência, como princípio estruturante de todo o processo penal, transforma-o num instrumento de proteção da liberdade, exigindo não apenas que o ônus da prova seja da acusação (que a inesclarecibilidade favoreça a liberdade), mas sobretudo, reclamando um conteúdo para ele, que sinalize que o valor liberdade individual é o valor superior em disputa, que termina levando a uma exigência de um grau de suporte à hipótese acusatória maior que o *standard* lógico.[396]

Nosso Código de Processo Penal, em seu art. 386, dispõe: "o juiz absolverá o réu, ..., desde que *reconheça*: I — estar provada a inexistência do fato[397]; II — não haver prova da existência do fato[398];(...)IV — estar provado que o réu não concorreu para a infração penal[399]; (...)VI — existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), *ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência*;VII – *não existir prova suficiente* para a condenação" (grifou-se).

Aqui se faz necessária uma digressão. No processo penal, a hipótese que se submete à prova é sempre complexa, porque a relevância penal do fato exige o que a doutrina chama de tipicidade conglobante.

Pense-se num caso simples:para que se obtenha legitimamente a condenação de alguém pela prática de homicídio doloso, deve o acusador submeter, à prova, uma descrição fática que não apenas se subsuma à abstração do artigo 121 do Código Penal, mas também que se subsuma a diversas outras abstrações normativas e não se subsuma a diversas outras (excludentes). Assim, **H** deve ser algo como «João efetuou disparo com arma de fogo no peito de José, causando-lhe a morte (artigo 121), o que fez de modo consciente e desejando esse

---

[396] Contra: FERRER BELTRÁN, Jordi. Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia. **Revista De La Maestría En Derecho Procesal**, 4(1), 2010.
[397] Standard lógico atingido por **¬H**
[398] Standard lógico não atingido por **H**
[399] Standard lógico atingido por $\neg H_a$ (o acusado não é o autor).

resultado (art. 18); o que *não* se deu para repelir qualquer agressão (CP-22) (...)».

É claro que a praxe judicial não exige se faça referência expressa aos "tipos" descriminantes ou exculpantes, mas sua adequação a essas figuras não pode sobressair da narrativa acusatória, sob pena de inépcia.

Pois bem. Havia certa indefinição na jurisprudência sobre a quem caberia provar hipótese que se reconduzisse a alguma circunstância que fizesse o fato se enquadrar numa dessas descriminantes, o que levou o legislador[400] a alterar a Lei[401], para deixar bem claro que a (fundada) dúvida sobre a existência dessas circunstâncias deveria levar à absolvição.

Assim, fica claro que é ônus da acusação não apenas deixar a hipótese acusatória mais provável que sua antítese, mas também afastar qualquer dúvida fundada que favoreça a defesa. Perceba-se que a expressão foi usada só no inciso "VI", porque desnecessária a referência expressa em relação à parte central da hipótese acusatória.

Assim, o legislador terminou por fixar um standard semelhante ao Além da Dúvida Razoável (ADR) —*Beyond a Reasonable Doubt (BARD)*[402]—, do Direito anglo-saxão, em relação ao qual há muitas críticas, desde a ausência de um consenso em relação à sua configuração até a sua incapacidade de poder ser considerado um standard, ideia que reclamaria (ao menos alguma) precisão e objetividade[403].

De fato, sobretudo se sua "importação" se opera numa cultura que concretiza as ideias de prova como persuasão e como convencimento (ou íntima convicção), o ADR pode transformar-se numa ferramenta retórica para dar uma aparência de legitimidade ao decisionismo.

No entanto, essas diversas críticas, inclusive aquelas feitas às práticas judiciais[404],terminam fornecendo um caminho para interpretar a ideia de «remoção de uma

---

[400] Lei nº 11.690, de 9/6/2008, publicada no DOU de 10/6/2008.

[401] Redação anterior: "V - existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena (arts. 17, 18, 19, 22 e 24, § 1º, do Código Penal); VI - não existir prova suficiente para a condenação".

[402] Dênis Sampaio faz um denso apanhado sobre a origem do instituto: SAMPAIO JUNIOR, Denis Andrade. Valoração da prova penal: O problema do livre convencimento e a necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório. Tese de Doutorado perante a Faculdadede Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa. 2021. p. 554 e ss).

[403] Destaca-se o intenso debate em torno das ideias de Larry Laudan (LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. In Doxa: **Cuadernos de Filosofía del Derecho**. n. 28, pp. 95-113, 2005), do qual participaram estudiosos da prova judicial, *v. g.*: TARUFFO, Michele. Tres observaciones sobre "por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es estándar", de Larry Laudan. Doxa: **Cuadernos de Filosofia del Derecho**, n. 28, pp. 115 – 123, 2005.; GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. Doxa: **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 28. pp. 127 – 139, 2005; SALAVERRÍA, Juan Igartua. PROLONGACIONES A PARTIR DE LAUDAN. DOXA, **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 28, pp. 141-150, 2005.

[404] Janaína Matida e Antônio Vnieira fazem crítica ao uso do ADR na praxe judicial brasileira. *In verbis*: "o BARD também apresenta uma forte referência ao aspecto psicológico; tanto o BARD como a íntima convicção

fundada dúvida» (ou «dúvida razoável») segundo um paradigma racionalista imposto pelo garantismo processual, o que imporia a compreensão do ADR como: *a exigência, para que a hipótese acusatória (***H***) seja admitida como provada, de que o conjunto probatório* **E** *não apenas corrobore* **H***, fazendo-a preponderar sobre* **¬H***, mas que seja também capaz de excluir* **¬H***, ou seja, que* **E** *seja absolutamente incompatível com qualquer hipótese (plausível) integrante de* **¬H**[405].

Ressalte-se que esse teste de compatibilidade (dos modais, ou componentes, de **¬H** com a prova) não seria meramente lógico, já que sempre possível cogitar uma hipótese integrante de **¬H**, como a de que tudo não passou de um complô e a prova produzida foi cuidadosamente toda fraudada[406], daí porque se recorre à ideia de um teste de razoabilidade, plausibilidade ou factibilidade das hipóteses que eventualmente possam remanescer compatíveis com o conjunto probatório, para que se impeça o reconhecimento do «fato provado».

---

põem ênfase no que o juiz deve ter em mente ao momento da decisão (certeza moral e ausência de dúvidas razoáveis), mas nenhum deles sublinha a relevância da prova como único e exclusivo caminho para a sua satisfação. Isso, por sua vez, faz que a objeção quanto ao risco de viabilizar decisões subjetivistas, absolutamente livres de qualquer controle de racionalidade – originalmente atribuídas à íntima convicção – também sejam atribuíveis ao BARD." (MATIDA, Janaína; VIEIRA, Antônio. Para além do BARD; uma crítica à crescente adoção do standard de proa "para além de toda a dúvida razoável" no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 156, p. 221 – 248, 2019, p. 229). O trabalho parece demonstrar mesmo o uso meramente retórico "rótulo" ADR; como uma forma de assegurar que não se precisaria ir tão, longe, não se precisaria, por exemplo, de uma "certeza absoluta" ou de uma "prova cabal". Isso, todavia, não é problema do Standard em si, mas do seu mau uso, tanto, que, mais adiante, os autores confirmam que o problema pode não ser do BARD, *verbis*: "é difícil dizer se esse mau uso do BARD é consequência do caráter intrinsecamente subjetivo e ambíguo desse standard, ou se é resultado da cultura judicial que ainda leva os juízes, na prática, a decidirem conforme sua íntima convicção, ainda que procurem disfarçar isto fazendo referência retórica a determinado standard. Mas o que parece claro, de todo modo, é que se queremos mesmo melhorar o controle sobre a forma como os juízes desempenham o raciocínio probatório e avançar na direção de uma concepção racionalista da prova, não podemos achar que a adoção do BARD soluciona todas as nossas questões." Idem, p. 231.

[405] Jordi Férrer em seu trabalho mais recente, traz, como sendo a de seu standard mais rigoroso, formulação semelhante: "*Estándar de prueba 1)* Para considerar probada una hipótesis sobre los hechos deben darse conjuntamente las siguientes condiciones: a) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas y aportadas como pruebas al proceso; b) Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado/demandado o más beneficios as para él, excluidas las meras hipótesis ad hoc." (FERRER BELTRÁN, Jordi. Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso. Madrid: Marcial Pons, 2021. p. 209). Apegando-se à ideia de exigir da prova incorporada a capacidade de excluir todas as "dúvidas" fundadas: ACCATINO, Daniela. Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, n. 37, p. 483-511, Valparaíso: 2011.

[406] Jordi Ferrer a denomina de hipótese *ad hoc*: "Por lo que hace a la exclusión de las hipótesis ad hoc, se trata de no exigir la refutación de un tipo de hipótesis que, por definición, resultan imposibles de confirmar o refutar. Como ya sefíaló Hempe, para cualquier conjunto de datos es posible construir a posteriori una hipótesis que los abarque y esa podría llegar a ser una estrategia defensiva indestructible. En efecto, estaremos ante una hipótesis ad hoc cuando la reconstrucción de los hechos sostenida por una de las partes, aun cuando sea coherente con los datos conocidos, no sea sensible a la experiencia". FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba sin convicción:** estándares de prueba y debido proceso. Madrid: Marcial Pons, 2021, p. 223.

O ADR, assim concebido, embora obviamente não exclua todo o subjetivismo decisório, tem a aptidão para: (*i*) sinalizar de maneira enfática a preferência pelo valor*liberdade*; e (*ii*)conferir (alguma) objetividade ao grau de corroboração exigido, o que se dá por meio do resultado que deve propiciar — assegurar a preponderância da hipótese acusatória e afastar qualquer hipótese alternativa verosímil/plausível.

3.2.3 As dificuldades na definição e operação de um standard intermediário

Quando se pensa num resultado que se pretende definitivo, os dois standards acima abordados configuram, respectivamente, o de menor e o de maior rigor[407]. Parece certo que não se conseguiria nenhum nível de suficiência controlável intersubjetivamente e compatível com a adjudicação dos fatos no processo judicial mais rigoroso que o ADR, ou seja, que projetasse um risco de erro menor que este; tampouco um que projetasse maior risco de erro que o da preponderância, mas que ainda permitisse admitir uma hipótese por provada.

No entanto, parte da doutrina brasileira, baseada no Direito anglo-saxão, entende que, para casos cíveis não patrimoniais (envolvendo disputas pelo pátrio poder, direito sancionador etc.), o standard da preponderância mostrar-se-ia suave e o do ADR rigoroso, reivindicando um standard intermediário à semelhança da chamada "prova clara e convincente" (*clear and convincing evidence*)[408].

A reinvidicação, todavia, parece mesmo ser de *lege ferenda*, quiçá operável através de uma construção jurisprudencial, já que o legislador brasileiro não traz nenhumsinal de que adoção do referido standard.

Todavia, a própria formulação teórica da «prova clara e convincente» termina sendo imprecisa, parecendo algo como "deve-se ter mais que isso, mas não precisa ser tanto como aquilo"[409]. Ravi Peixoto resume bem essa ideia: "*Clear and convincing evidence: o estândar*

---

[407] Pode-se pensar em outros standards que autorizem a o início de uma investigação, o deferimento de uma determinada medida de investigação invasiva etc.

[408] Jordi Ferrer formula outros standards intermediários. FERRER, *op. cit.,* p. 209-210.

[409] A essa conclusão se chega pela leitura que lhe é dada por Flávio Andrade, p. ex., *in verbis*: *5.2.2. Standard da prova clara e convincente (clear and convincing evidence)*. O standard clear and convincing evidence exige que a prova da proposição fática indique ser ela "altamente provável ou razoavelmente certa". É um padrão que representa "um fardo maior do que a preponderância das evidências", mas exige menos do que o standard da prova além de uma dúvida razoável, aplicável em casos criminais. Esse standard exige uma probabilidade mais elevada do que o da preponderância das provas. Ele exige que a hipótese sustentada pela pare autora seja muito mais provável do que a sua negação (much more likely than not). Também traduz a ideia de uma hipótese altamente provável (highly probable). O enunciado fático da parte requerente deve receber um grau maior de confirmação probatória. A prova precisa ensejar maior certeza, isto é, deve apontar para uma hipótese altamente provável. Ela deve retratar uma firme convicção de que a proposição autoral é verdadeira. Assim, se a prova produzida pela parte autora satisfizer a esse standard probatório, o pleito deve ser acolhido. Entretanto, se os

probatório intermediário [...]consiste em uma alta probabilidade das hipóteses fáticas apresentadas, muito embora não possua uma definição minimamente precisa, sempre atuando como uma espécie de meio-termo entre a preponderância da prova e a prova acima de qualquer dúvida razoável"[410].

Referido standard, assim, apresenta um baixíssimo prognóstico de que venha a se concretizar com um mínimo de intersubjetividade, na medida em que a só referência aos adjetivos "claro", "convincente", "satisfatório", "alta", "altíssima" não têm a aptidão para convertê-lo em critério que pudesse orientar a identificação de "quando" se superaria a preponderância e, mais, de "quando" se atingiria o "extra" correspondente ao patamar mais rigoroso. [411]

De toda forma, ainda que não se descarte a ideia de indicar um grau intermediário de suficiência da prova, justamente por não haver como desconsiderar casos em que há uma destacada assimetria entre as consequências que adviriam de erros na decretação do «fato provado» e do «fato não provado», o que, nos casos de disputas patrimoniais, é atenuado, há razões que autorizam que se siga, deixando suspensa uma posição sobrea possibilidade de uma formulação adequada e sobre a conveniência de sua adoção.

Primeiro, porque, como foi dito, seria necessária uma prognose mais ou menos segura que a «prova clara e convincente» (reformulada, para que se adeque a um modelo de valoração racional) efetivamente propiciaria a contenção do subjetivismo do julgador e não, ao contrário, serviria apenas como subterfúgio para acomodar seu arbítrio[412]. Isso demandaria reflexões sobre formulações eventualmente disponíveis, o que não cabe nesse trabalho.

---

elementos probatórios da parte requerente não derem respaldo a uma hipótes altamente provável, o pleito deve ser denegado. Nota-se, assim, que o padrão CCE se destina a proporcionar à parte ré maior proteção contra decisões errôneas do que sob o standard de preponderância da prova. Esse standard equivaleria a uma probabilidade igual ou acima de 75%. A hipótese deve ficar "provada em 75%" ou o direito alegado deve ser "provado em ¾". É um padrão aplicado em casos cíveis que ultrapassam a dimensão patrimonial, como numa ação de destituição de poder familiar. Também é aplicável numa lide em que as partes não estão numa situação de igualdade ou em importantes processos civis instaurados pelo governo contra um indivíduo almejando a imposição de sanções pesadas, como em ações de improbidade administrativa. Portanto, o standard clear and convincing evidence tem um caráter intermediário, já que, como dito, situa-se entre o da preponderância de provas e o da prova além da dúvida razoável, exigindo da parte demandante a apresentação de provas mais fortes, isto é, maior grau de corroboração probatória do que o reclamado em casos cíveis normais. Noutras palavras, uma proposição fática só será aceita se as provas produzidas indicarem que é altamente provável. A parte autora suporta um risco maior no caso de um veredito incorreto. ANDRADE, Flávio da Silva. **Standards de prova no processo penal:** quando de prova é necessário para deferir medidas cautelares, receber a denúncia, pronunciar e condenar? São Paulo: Editora Juspodivum, 2022, p. 152 e ss.

[410] PEIXOTO, Ravi. **Satandards probatórios no direito processual brasileiro**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021, p. 170.

[411] Justificaria a satisfação do standard intermediário, p. ex., algo como "as provas *A*, *B* e *C* já seriam suficientes para conferir a preponderância e as provas *D* e *E* são capazes de reforçá-las ainda mais?

[412] O que garantiria que o standard intermediário não seria apenas um (genuíno) caso preponderância aos "olhos" de um juiz autoconfiante em suas convicções ou um (genuíno) caso de ADR aos olhos de um juiz mais inseguro?

Em segundo lugar, deve-se considerar que, embora a associação direta de um standard com uma quantificação do balanço entre os riscos de «falsos positivos» e «falsos negativos» tenha uma finalidade didática[413], seria muita ingenuidade pensar que aquela prova que propiciauma razão objetiva que faça **H** preponderar sobre **¬H** projetaria uma distribuição de risco 49,99%–50,01% entre «falsos positivos» e «falsos negativos», respectivamente.

Assim, embora se adira às ideias de (*i*) que os standards probatórios interferem na alocação do risco de erro, (*ii*) que o standard da preponderância é o standard de maior risco de erro associado, que legitimaria a admissão de uma hipótese como provada numa decisão final, e (*iii*) que o ADR é o standard que apresenta o menor risco de erro associado, não se pode reconhecer possível uma aferição por meio de mera especulação/argumentação, p. ex., do risco de erro associado à admissão de uma hipótese, segundo o standard da preponderância alcançado após uma análise cuidadosa da prova por um julgador virtuoso. Absolutamente nada indica que não seja inferior a 20%–80%[414]. Da mesma forma, embora se possa concluir que a substituição da preponderância pelo ADR levaria a um rebaixamento do risco de erro de um falso positivo, nada indica o *quantum* dessa redução; poderia ser mínima[415].

---

[413] Sobre a associação dos standards a riscos quantificados em percentuais, por todos: "A atribuição de probabilidades matemáticas a cada um deles é um recurso frequentemente utilizado por parte dos autores de modo a esclarecer as diferentes exigências dos standards. As probabilidades matemáticas indicadas como representativas de cada um deles são as seguintes: BARD é de 95%, CCE é de 75% e do PoE é de 50%+1 (qualquer ponto acima de 50%). Significa que, para que uma hipótese seja considerada verdadeira segundo o BARD ela tem de alcançar uma probabilidade (de ser verdadeira) de 95% ou mais; já para que seja considerada verdadeira segundo o CCE ela tem de alcançar uma probabilidade em torno de 75%, e, por último, caso estejamos diante do PoE, será suficiente se atingir qualquer probabilidade superior a 50% de chance de ser verdadeira. Ou seja: Uma mesma hipótese x pode ser considerada verdadeira quando se lhe aplique o PoE e não verdadeira (ou, em termos menos precisos, falsa) quando seja o BARD o standard aplicável. Isso acontece porque o mesmo conjunto probatório pode ser suficiente para alcançar o patamar de 50%+1 de probabilidade de ser verdadeira e insuficiente para alcançar o patamar de 95% de probabilidade de ser verdadeira. Logo, é certo concluir que a imposição de distintos standards de provas serve a dificultar (ou facilitar, a depender de qual perspectiva se assume) determinadas decisões sobre os fatos.". MATIDA, Janaína; VIEIRA, Antônio. Para. além do BARD; uma crítica à crescente adoção do standard de proa "para além de toda a dúvida razoável" no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 156, p. 221 – 248, 2019, p. 28.

[414] Aliás, há estudos empíricos sobre os casos de erros judiciários, como o feito por Brandon Garret, que autorizam considerar que a o risco de um «falso positivo» é muito menor que os 49,99%. Basta dizer que praticamente todos os casos de condenações errôneas decorreram de conjuntos probatórios que não teriam condições de autorizar uma conclusão de que se alcançou o standard da preponderência. GARRETT, Brandon L. **Convicting the Innocent:** Where Criminal Prosecutions Go Wrong. Cambridge: Harvard University press, 2011.

[415] A projeção do risco de erro de um determinado standard depente sobremaneira das condições de sua concretização – do ordenamento jurídico, do perfil e treinamento dos juízes, do tipo de crime etc. Santiago Eyherabide faz um estudo sobre a concretização do equivalente chileno do ADR e demonstra que esse acaba equivalendo ao que chamou à exigência de conformação de um «quadro probatório referência», um conjunto de provas categorizadas que, uma vez presentes, levam à condenação, que traz associado, como risco de erro não quantificado, o que chamou de «contexto de desdicha», que equivaleria àquelas situações em que, mesmo ante um «quadro probatório referência», o acusado é inocente. EYHERABIDE, Santiago. La relación entre la práctica de los sistemas penales y la determinación de los estándares de prueba. In Quaestio facti. **Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio**, N. 2 | 2021, pp. 185-223, Madrid, 2021.

Assim, defender a adoção de um standard intermediário, para além de impor a demonstração de uma objetividade, que projete a contenção do arbítrio e não sua camuflagem[416], reclama um prognóstico de que aferirá alguma vantagem em relação à eventual adoção de um dos standards já disponíveis[417], sendo certo que o balanço estipulado (25%-75%) não passa de uma mera ilustração[418].

---

[416] P. ex. a proposta de Ravi Peixoto: "i) exige-se, do autor, *a existência de elementos de prova que confirmem, com alta probabilidade*, as proposições fáticas; e ii) ao réu incumbe: ii.i) atuar no sentido de impedir a confirmação das proposições fáticas do autor em um nível alto de probabilidade e/ou ii.ii) em relação aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos a existência de elementos de prova que tornem provável a sua proposição fática." (PEIXOTO, Ravi. **Satandards probatórios no direito processual brasileiro.** São Paulo: Editora Juspodivm, 2021, p. 234). Perceba-se que, exluindo a menção ao ônus do acusado de provar algum fato impeditivo segundo o standard mais baixo, o critério de aferição do grau de suficiência da probabilidade é o adjetivo *alta*.

[417] Jordi Beltran expõe o que seriam 7 standards "bem formulados". Pode-se perceber que, em relação aos dois que se seguem ao mais rigoroso (1), ele recorre à criação de um ônus para a parte ré: que poderá sofrer as consequências pela não construção de uma hipótese verossímil (2) ou pelo não aporte de algum elemento de apoio da hipótese defensiva (3). Confira-se: *Estándar de prueba 2)* Para considerar probada una hipótesis sobre los hechos deben darse conjuntamente las siguientes condiciones: a) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas y aportadas como pruebas al proceso. b) Debe haberse refutado la hipótesis alternativa formulada por la defensa de la parte contraria, si es plausible, explicativa de los mismos datos y compatible con la inocencia del acusado/demandado o más beneficiosa para él, salvo que se trate de una mera hipótesis ad hoc. *Estándar de prueba 3)* Para considerar probada una hipótesis sobre los hechos deben darse conjuntamente las siguientes condiciones: a) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas y aportadas como pruebas aI proceso. b) Debe haberse refutado la hipótesis alternativa formulada por la defensa de la parte contraria, si es plausible, explicativa de los mismos datos y compatible con la inocencia del acusado/demandado o más beneficiosa para él, siempre que se haya aportado alguna prueba que le otargue algún grado de confirmación." (FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba sin convicción:** estándares de prueba y debido proceso. Madrid: Marcial Pons, 2021, p. 209). Tal "engenharia", no entanto, pode levar a uma seletividade do Sistema, na medida em que a "verdade" pode ficar na dependência da diligência e virtudes do defensor; sendo certo, ademais, que a opção por qualquer deles poderia redundar em um insignificante ajuste no balanço da distribuição do risco de erro.

[418] Diego Dei Vecchi demonstra a inconsistência da ideia de Larry Laudan de partir da quantificação do que se poderia chamar de um nível de culpabilidade aparente (nível de demonstrabilidade da culpa alcançado pela prova), associlá-lo na mesma proporção ao risco de erro. In verbis: "Como vimos, la premisa (e) del argumento de Laudan consiste precisamente en inferir, a partir de una cierta apariencia de culpabilidad (putativa, de conformidad a cuanto se dijo, pero atendible de conformidad con nuestro manojo de suposiciones), la culpabilidad sin más. Esto quiere decir que, a efectos de elucubrar cuál es la ratio de error y cuál la de éxito del sistema judicial, Laudan no solo se sirve del mismo método, sino que pretende emplear y valorar el mismo conjunto de elementos probatorios producidos dentro de ese sistema para cada uno de los casos de la muestra. En este preciso punto, lo inaceptable del argumento reside en que Laudan obtiene la ratio de fracasos del sistema aplicando a esos mismos conjuntos de elementos probatorios, desde su punto de vista externo, un estándar de prueba deliberadamente menos exigente que el aplicado, por hipótesis, dentro del sistema. Usando la «hipótesis heurística» de Laudan esto sería como decir que, si un sistema S, cuyo estándar de suficiencia probatoria es del 90%, juzga como no probado un x porcentaje de enunciados fácticos cuya apariencia de verdad era de, pongamos, un 70%; entonces x equivale al margen de error de ese sistema. Y la justificación de esa alegación, i.e. de que x equivale al margen de error, reposa pura y exclusivamente en la implementación de un estándar de prueba de, pongamos, el 65%. (DEI VECCHI, Diego. Estándares de suficiencia probatoria, moralidad política y costos de error: el núcleo inconsistente de la epistemología jurídica de Larry Laudan. Doxa. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, 43, pp. 397-426. 2020. "Con buen atino, Edgar Aguilera ha sostenido que la obra de Laudan «… reflexiona primordialmente en torno a dos deficiencias que presenta el estándar de prueba criminal en sistemas jurídicos como el norteamericano y el mexicano, las cuales consisten básicamente en la subjetividad con la que la determinación de su satisfacción o no se realiza (subjetividad que, a su vez, se encuentra íntimamente ligada a, y provocada por, el fraseo vago y ambiguo empleado en su formulación), y en su excesiva

Por fim, não se pode perder de vista que os standards, por mais que sejam bem formulados, não podem ser considerados "a" cura para o arbítrio decisório, tampouco poderiam esgotar todo o problema da prova. Os standards devem ser vistos como um guia para o arremate de uma atividade que deve ser balizada por critérios voltados a assegurar um conhecimento seguro (critérios de valoração ou *assessment criteria*)[419], dos quais dependem a correção da decisão. A caminhada não se encerra aqui, pois.

3.3 A Valoração como Totalização e o Sistema como Guia para Aferir, Expressar e Combinar as Forças de cada Prova

Até agora, a prova pôde ser tratada como se fosse algo monolítico, fornecendo-se subsídios para a valoração de um quadro simples: onde cada *probanda* coincide com enunciados apoiados diretamente em evidências convergentes. Não sendo esse o caso, diversas outras questões subjacentes remanescerão sem o devido guia:

a) diante de dois enunciados fáticos incompatíveis entre si, qual deles deve ser incorporado e seguir operando no raciocínio probatório?

b) o que deverá prevalecer: uma fonte de prova confiável ou duas fontes

---

severidad».78 Esta doble preocupación puede considerarse extensible a toda la obra jurídica de Laudan. La importancia de sus inquietudes y la enorme relevancia de sus trabajos están fuera de discusión. Sin embargo, algo anda mal respecto de muchas de sus conclusiones. Pues afirmar que los estándares tal como se encuentran formulados son indefectiblemente subjetivos y arbitrarios es incompatible con decir que ellos constituyen una excesiva exigencia de pruebas y que generan, por ello, una alta ratio de falsos negativos. Mostrar esto último exige mostrar (a) la evidencia auténtica que muestre la alta probabilidad epistémica de culpabilidad material de (un alto porcentaje de) absueltos y (b) que esas absoluciones responden a la aplicación de estándares excesivamente severos en términos probatorios." . (*Ibidem,* p. 423). Para Rodrigo Correa, "existe, sin embargo, la sospecha de que en la realidad la distribución de los errores en la fase probatoria no es un asunto que dependa, en términos fuertes, de la utilización de los EdP y, en consecuencia, de poco o nada sirven" (CORREA. Rodrigo Coloma. Los usos de los estándares de prueba: entre umbrales y protótipos. In **Discusiones.** Núm. 18.2, pp. 23 a 57, 2016, p. 25-26). Para Susan Haack, "dado que la calidad de las pruebas tiene varias dimensiones diferentes (...) y que no hay forma de ordenar el relativo éxito o fracaso a través de estos diferentes factores, no hay garantía incluso de un orden lineal de los grados de aval" HAACK, Susan. "El probabilismo jurídico. Una disensión epistemológica". In VÁZQUEZ C., (ed.), **Estándares de prueba y prueba científica.** Ensayos de epistemología jurídica, Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 80. No mesmo sentido: GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba. **Revista Telemática de Filosofía del Derecho**, 23: 79-97, 2020, p. 96. Registre-se que graduar o balanço entre os riscos de «falsos positivos» e de «falsos negativos» não configura um problema para a preponderância e para o ADR, jutamente por corresponderem ao menor admitido e o maior possível**.**

[419] A propósito do argumento da circularidade, Tuzet deixa claras as ideias de que os standards de prova não se confundem com os critérios de valoração, que as ideias de standard de suficiência de critérios de valoração não dão origem a modelos excludentes e que há uma relação recíprica entre uma e outra. In verbis: "So, both assessment criteria and standards of proof are necessary components of legal decision- making about facts, and none of them is a sufficient condition of it." TUZET, Giovanni. Assessment criteria or standards of proof? An effort in clarification. **Artif Intell Law** 28, p. 91–109. 2020, p. 94. "It consists in the claim that there is a functional connection between assessment criteria and standards of proof. Because of that connection, one element can incorporate the other. Idem, p. 107.

independentes não tão confiáveis; um enunciado menos verossímil apoiado numa prova muito confiável ou outro mais verossímil apoiado numa prova não tão confiável?

c) seria possível medir e comparar "grandezas" de naturezas distintas – a confiabilidade de uma fonte de prova e a determinabilidade de um enunciado em relação a outro – ou não seriam distintas essas "grandezas"?[420]

Como já registrado, a maioria da doutrina (e dos epistemólogos), dá uma mesma resposta a todas essas perguntas: isso não é problema do Direito ou do jurista, já que todas se inserem no problema epistêmico do processo e, como tal, devem ser respondidas através da Epistemologia[421]. Aliás, costuma-se ir mais longe para defender a restrição do protagonismo do jurista, inclusive na fase anterior à valoração, que deveria restringir-se à verificação da conveniência de excepcionar o princípio da prova livre (ali operando como a maximização das oportunidades probatórias) para proteger valores não epistêmicos.

---

[420] "Como quer que seja, os principais problemas epistêmicos em direito probatório permanecem os mesmos, ainda que possam, com a novidade constituída pelo art. 371, ser colocados em novos termos utilizados pelo próprio legislador processual. Dentre os principais de tais problemas, podem ser apontados os seguintes, expressos já com a nova "roupagem linguística" que o art. 371 do CPC/2015 possibilita: 1. Em que consiste, precisamente, o "convencimento" do juiz referido no art. 371 e sobre o que ele recai? 2. O que serve, em geral, como "razão" para algum convencimento? 3. Como estabelecer que determinado item é, efetivamente, uma razão de um determinado convencimento? 4. É possível existirem dois (ou mais) itens distintos, cada um deles capaz de servir como razão bastante para convencimentos judiciais contraditórios (por exemplo, um no sentido de que determinado fato ocorreu, outro no sentido de que o mesmo fato não ocorreu)? 5. Se for possível a situação acima mencionada, ou seja, existindo dois itens que servem como razão para convencimentos contraditórios, com base em que critério se deve estabelecer qual deles deve ser tido como a "razão mais forte" (o que implica, portanto, determinar qual dos convencimentos deve prevalecer, por ser fundado em "razão mais forte" do que outro)?". GUERRA, Marcelo. **Prova Judicial:** Uma Introdução. Fortaleza: Boulesis Editora. 2015, p. 20.

[421] Para Marcelo Guerra, esses problemas "se revelam dotados de uma inequívoca universalidade e em grande parte independente tanto com relação aos ordenamentos jurídicos, como com relação aos tipos de processos, dentro de um mesmo ordenamento. Isto porque tais problemas não dizem respeito sobre o que é certo ou errado fazer, ou sobre o que se deve ter como lícito ou ilícito fazer, em determinadas circunstâncias, mas sobre quando é racional ou não racional acreditar que determinado fato ocorreu ou não. Como se vê, são problemas que nem são exclusivos do Direito (ou da experiência jurídica), pois dizem respeito à própria possibilidade e às condições em que se pode conhecer os fatos." (*Ibidem*, p. 16). Como registrado acima, discorda-se do mesmo; não propriamente da conclusão, mas de se adotar isso como partida. O jurista não pode partir admitindo a universalidade defendida, sem consultar o próprio ordenamento. A falta de uma atenção dos processualistas é justamente causa e efeito dessa partida equivocada. Como posso dizer que o Direito não pode se intrometer justamente nos parâmetros para a formação de uma crença legítima em relação a um dado conjunto de provas, que poderia levar a um resultado diferente do ato de conhecimento realizado por um sujeito livremente pensante, pautado apenas pela racionalidade? É isso talvez a meta mais ambiciosa: justificar aquilo que a maioria já adota como premissa; não há como partir para decidir se se pode assumir que um fato do passado ocorreu sem que se saiba: o "para que eu preciso conhecer esse resultado" e o "e se eu errar?"; qual ou quais os valores devem inspirar essa "inquirição" – a segurança, a descoberta, ambos; e em que medida se combinariam.Por que, então, afastar o jurista da avaliação sobre a compatibilidade de uma determinada corrente epistemológica (cognitivista ou construtivista; presuntivista ou não-presuntivista; fundacionalista, coerentista ou funderentista) ou de um determinado método de análise (atomista/holista etc.)? Insista-se que não se defende, aqui, um isolamento do jurista enquanto projetista do sistema, senão exatamente o contrário, mas a deque que cabe a ele articular todo o conhecimento produzido nas áreas do conhecimento vizinhas, justamente porque a valoração não está exclusivamente vocacionada a fins puramente epistêmicos, valendo lembrar que há debate intenso sobre a chamada infiltração moral (ou pragmática) da Epistemologia**.**

Segue-se, todavia, em oposição a essa ideia, notadamente a uma versão mais radical, entendendo que a dogmática jurídico-processual deve assumir a condição de mediadora da construção de um modelo que também sirva para (controlar o arbítrio) na aferição da força da prova incorporada ao processo, ainda que o resultadoseja a validação de um determinado modelo epistemológico já desenvolvido, desde que se verifique sua compatibilidade com os princípios e finalidades do sistema.

De fato, a manutenção do ideal de valoração intersubjetivável termina reivindicando critérios para superar as questões que remanescerão mesmo após a mais escorreita organização e interpretação do conjunto probatório e definição sobre a existência de prova, nada havendo que justifique deixar o jurista, completamente alheio a esse debate.

Assim, mesmo rejeitando a ideia de regras de valor previamente estabelecidas pelo legislador a partir da espécie e quantidade de cada elemento de prova[422], ousa-se perquirir acerca de uma disciplina do raciocínio probatório *stricto sensu*, moldada pelos princípios que estruturam a prova judicial e pela projeção dos critérios que operam nas etapas já abordadas neste capítulo, parecendo certo que, combinados, os «modelos de constatação» da existência e da suficiência da prova terminam por fornecer diretrizes que devem ser seguidas quando se volta à aferição o grau de corroboração que a prova fornece à *probanda*.

Isso não implica discordar da ideia de que a valoração da prova, entendida, nesse seu sentido mais estreito, como aferição de sua força ou peso, deve ser confiada às tecnologias desenvolvidas por aqueles que se dedicam à produção do conhecimento verdadeiro, notadamente os que se especializaram em prova judicial[423], isso porque, como se viu, essa pode ser vista como uma das finalidades da prova (I.2 e I.3.3).

Já se pode adiantar que o Sistema, aqui, não se conformará em um conjunto de critérios que operam segundo um código binário há/não há prova; «prova suficiente»/«prova insuficiente» —, mas, ao contrário, deve ser visto como uma espécie de interface com a epistemologia, compreendida como uma mediação feita pelo Direito para assegurar que raciocínio probatório não opere em dissonância com as finalidades e com os fundamentos da ordem jurídica.

---

[422] A propósito, apesar de ser muito comum a doutrina dar essa leitura à chamada prova tarifada, que teria predominado na Europa nos séculos, Mirjan Damaska defende que o sistema de prova tarifada não impunha uma condenação contra a «convicção de ausência de culpa», operando muito mais como uma contenção da «convicção de culpa». DAMASKA, Mirjan. **Evaluation of Evidence:** Pre-Modern and Modern Approaches. Cambridge. Cambridge University Press, 2018.

[423] No Brasil, p. ex., Gustavo Badaró: BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e Prova Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019.

Ou seja, embora se parta da ideia de que o Sistema se abre à Epistemologia, reconhece-se, não só a possibilidade, mas a necessidade de alguma interferência do Direito, para viabilizar uma espécie de controlesobre as tecnologias —métodos e demais saberes, conformadores do que se poderia chamar de critérios de valoração[424]—desenvolvidas pelos epistemólogos e cientistas de áreas afins, uma vez que o Sistema já proveu diversas diretrizes que podem não ter deixado o raciocínio probatório absolutamente livre de sua influência; valendo reiterar, ademais, que os epistemólogos estão longe de um consenso[425].

Assim, mister revisitar as premissas(mais) estruturais do Sistema, objetivando projetá-las sobre a disciplina do raciocínio probatório *stricto sensu*.

A *primeira* corresponde à ideia de máxima objetividade ou de objetividade possível)—contenção da vontade, dos preconceitos e da intuição do julgador —, que impõe uma valoração intersubjetivável.

A *segunda* diz com o caráter cognoscitivo da valoração, que pressupõe a aceitação do real, passível de uma experiência sensorial pelo julgador, o que parece ter ficado bem assentado nos itens I.3.3 e II.1.1.

A *terceira* é justamente a finalidade da valoração, que não se dissocia da ideia de resgatar da verdade histórica e que, mesmo que admita um substituto para fazer o papel desta,

---

[424] Daniel Lagier, p. ex. propõe seus critérios ou regras de valoração, *verbis: "*En trabajos anteriores he propuesto los siguientes criterios o reglas de valoración racional de la prueba: 1) Cuantos más elementos de juicio tengamos a favor de una hipótesis, mejor confirmada estará ésta. 2) Cuanto más variados sean los elementos de juicio (es decir, que añadan información que permita eliminar hipótesis alternativas), mejor confirmada estará la hipótesis. 3) Cuanto más pertinentes sean los elementos de juicio (cuanto mejor relacionados estén con la hipótesis por medio de generalizaciones empíricas fiables), mejor confirmada estará la hipótesis. 4) Cuanto más fiables sean los elementos de juicio (esto es, cuanto mejor fundados estén en otros elementos de juicio e inferencias previas o en
observaciones directas o conocimientos sólidos), mejor confirmada estará la hipótesis. 5) Cuanto mejor fundadas estén las máximas de experiencia en generalizaciones inductivas, más sólida es la hipótesis. 6) Cuanto mayor sea la probabilidad expresada en la máxima de experiencia, más sólida es la hipótesis (las máximas de experiencia tienen la siguiente estructura: "Si p, entonces probablemente q"; el grado de probabilidad con el que se correlacionan ambos tipos de hechos es relevante para la confirmación de la hipótesis). 7) La hipótesis no debe haber sido refutada ni directa (no debe quedar probado un hecho incompatible con la hipótesis) ni indirectamente (no deben quedar refutadas las hipótesis que serían verdaderas si se acepta como verdadera la hipótesis principal). 8) Si las hipótesis derivadas de la hipótesis principal (esto es, las hipótesis que serían verdaderas si la hipótesis principal fuera verdadera) pueden confirmarse, mejor confirmada estará la hipótesis principal (por medio de un argumento por abducción). 9) Cuanto más coherente desde un punto de vista narrativo sea la hipótesis, mejor confirmada estará. 0) Cuantos más elementos de juicio queden explicados por la hipótesis, mejor confirmada estará ésta. 11) Cuanto menos hechos no comprobados exija la verdad de la hipótesis, mejor confirmada estará ésta. 12) Cuantas menos hipótesis alternativas incompatibles con la hipótesis principal subsistan, mejor confirmada estará la hipótesis principal. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba. **Revista Telemática de Filosofía del Derecho,** 23: 79-97. 2020, p. 83-84. Tuzet aborda a diferença entre critérios de valoração e Standards de suficiência. TUZET, G. Assessment criteria or standards of proof? An effort in clarification. **Artif Intell Law,** v. 28, pp. 91–109. 2020; TUZET, Giovanni. Evidence Assessment and Standards of Proof: a Messy Issue. **Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio.** v. 2. 2021.

[425] Nesse sentido, WALTON, Douglas. **Argument Evaluation and Evidence.** Cham: Springer International. Publishing AG. 2015, p. 213.

levando (ao menos no processo civil) a um pragmatismo do tipo «busca-se algo para servir como se fosse a verdade histórica», impede que o critério de definição daquilo que vai ocupar o seu lugar dissocie-se da aspiração de resgatá-la: a prova judicial é, pois, *truth orientated*[426].

A *quarta*consiste no conceito de prova, enquanto elemento empírico ou fonte de informação, deve ser considerada uma espécie de candidata a vestígio de um determinado evento do passado e que, portanto, se relacionaria causalmente com este (vide II.1.1). A pretensão de provar é, pois, a pretensão construir algo que possa representar o fato que ficou no passado a partir de algo que remanesceu no presente.

A *quinta* deriva da admissão pelo Sistema, porque não poderia deixar de admitir, que a cognição sobre o mundo real é limitada, imperfeita, o que termina deixando a «verdade correspondência» como algo idealizado, do qual se pode aproximar com o recurso às ideias de «verdade coerência» e de «verdade consenso».

A *sexta* decorre da ideia de que o ordenamento se preocupa com dois tipos de erro distintos: o erro do Sistema considerado em sua abstração e o erro do Sistema que efetivamente opera na prática, que decorre da inafastável imperfeição do primeiro e de falhas na sua própria concretização (do Sistema idealizado); de sorte que se deve considerar a insuficiência da Epistemologia para resolver eventual conflito entre a tutela entre esses dois tipos de risco.

A *sétima*diz com o conteúdo do direito fundamental à adequada valoração da prova, que impõe ao julgador a devida atenção e consideração de cada elemento de prova incorporado ao processo, o que apenas se operará mediante a atenção individualizada a cada elemento de prova.

A *oitava* é fornecida pelos standards de prova externos adotados pelo nosso Sistema, estudados no item anterior, que reconduzem o julgador a uma ideia de que a suficiência da prova é aferida a partir da comparação entre hipóteses ou teorias, o que, por sua vez, reclama

---

[426] "En 1996, la Corte Suprema estadounidense escribió en el caso Tehan que «el objetivo de un juicio es determinar la verdad». Es cierto que un veredicto es sustantivamente justo solo si la resolución es fácticamente correcta: es decir, solo si el acusado condenado por un deli to es genuinamente el autor del mismo o solo si el demandado declarado responsable del daño es genuinamente el responsable de haberlo causado. Sin embargo, un juicio no es como una investigación científica seria o la investigación académica seria que pueden tomarse el tiempo necesario para escudriñar todas las pruebas posibles; las determinaciones jurídicas de los hechos están sujetas a limitaciones de tiempo y a restricciones respecto a la forma de obtención y al tipo de pruebas que pueden legalmente ser presentadas. Entonces lo que se exige al juzgador de los hechos no es, estrictamente hablando, que determine si al acusado es culpable o es responsable, sino que --evitando las especulaciones, los caprichos, los prejuicios y, como lo expuso el Tercer Circuito, «las presuposiciones, las conjeturas, o las especulaciones»- determine si la culpabilidad del acusado o la responsabilidad del demandado ha sido establecida por las pruebas presentadas al grado exigido." HAACK, Susan. El probabilismo jurídico. Una disensión epistemológica. In: VÁZQUEZ C., (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica**. Ensayos de epistemología jurídica, pp. 65-98, Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 7.

também uma valoração da prova como um todo.

Tais premissas consubstanciam-se em vetores, que, embora não tenham a aptidão para se converterem em critérios rígidos para o raciocínio probatório, certamente se projetam num sistema normativo que, ainda que fraco ou dirigente, pode tornar incompatível uma ou outra corrente epistemológica, ou método proposto.

3.3.1 A ideia de força probatória e os problemas relacionados à sua apreensão e expressão

Como abordado nos itens I.1.5 e II.1, a vinculação entre a prova e a hipótese (ou *probanda*) é primeiramente captada a partir da própria ideia de *relevância*, o que se opera por uma espécie de prognose do tipo «a incorporação dessa prova $\mathbf{E_1}$ interfere na admissão de **H**, ou seja, favorecerá (ou dificultará) a admissão de **H**?[427].

Representamos graficamente a *relevância* de um dado elemento de prova da seguinte forma:

a) $\mathbf{E_1 \rightarrow H}$ ($\mathbf{E_1}$corrobora **H**, ou seja, $\mathbf{E_1}$ pode ser utilizada como razão favorável à

---

[427] Segundo a Federal Rules of Evidence (FRE 401), uma prova é relevante se: apresenta alguma tendência para tornar um fato (enunciado fático) mais ou menos provável que seria se a mesma (evidência) não existisse, desde que esse a admissão ou inadmissão desse fato interfira no resultado do processo. Nosso legislador não conceituou relevância. Badaró faz um apanhado sobre o conceito de relevância na doutrina brasileira, que costuma tratá-lo juntamente com a ideia de pertinência, concluindo pela ausência de um consenso. Vai buscar a doutrina estrangeira o seu conceito, que consistiria na potencial influência de uma determinada prova no resultado do processo conclui. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão:** os conceitos de pertinência e relevância. Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 20. (...) ou, em outras palavras, na aptidão de um determinado meio de prova "de demonstrar um fato que se relaciona ao thema probandum (...) de forma a influenciar decisivamente no resultado do processo". BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e Prova Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 159. Damaska segue no mesmo sentido, "la relevancia se refiere al potencial probatorio de un elemento de nformación para apoyar o negar la existencia de un hecho principal (*factum prbandum*). La idea que transmite el concepto es que dicho elemento está conectado por enlaces lógicos o de experiencia con la proposición que se desea probarse.". DAMASKA. Mirjan. **El derecho probatório a la deriva.** Trad. Joan Picó i Junoy. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 67. Para Susan Haack, "un elemento probatorio es relevante si y sólo si influye en el grado de soporte de las pruebas en global; es decir, si y sólo si su presencia contribuye o debilita la integración explicativa de las – pruebas mas-la-conclusión-lo cual, como hemos visto, dependera de los hechos del mundo.". HAACK, Susan. El probabilismo jurídico. Una disensión epistemológica. In: VÁZQUEZ C., (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica**. Ensayos de epistemología jurídica, pp. 65-98. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 80. A partir daí se percebe que a definição sobre a relevância de uma prova é dada exclusivamente pela lógica e pelo conhecimento de mundo relacionado ao contexto em que o fato sob reconstrução está inserido; o que Direito pode fazer é excluir determinada prova a despeito de ser relevante. Assim, Anderson (el. Al) "One widely-held view might be restated in simplified form as follows: "materiality" concerns what has to be proved for the proponent to succeed (the facts in issue) and is governed by substantive law; "relevance" denotes a direct or indirect probative relation between an evidentiary fact and a factum probandum ("tends to support" or "tends to negate") and is a matter of logic; "probative force" denotes the strength of such support or negation; it is based on "experience," but there are few settled criteria for evaluation; questions of "admissibility" concern the exclusion of otherwise relevant evidence and are governed by the law of evidence (including the principles governing judicial discretions to exclude)." ANDERSON, T.; SCHUM, D.; TWINING, W. **Analysis of Evidence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 44-45.

admissão de **H**); ou

b) $\mathbf{E_1 \rightarrow \neg H}$ ($\mathbf{E_1}$refuta **H**, ou seja, $\mathbf{E_1}$configura razão contrária à admissão de **H**, ou favorável à admissão de sua antítese,$\mathbf{\neg H}$).

Registre-se, de logo, que a verificação da relevância de uma dada prova assume dois níveis de rigor:

a) num primeiro momento, para definir se a prova será incorporada, quando não se faz necessário que seja constatada com tanta segurança, mesmo porque o que haverá, na maioria das vezes, é a notícia de uma prova que se pretende incorporar ao processo[428];

b) no momento da definição sobre a (in)existência de prova, quando a análise deve ser mais cuidadosa, porque já exaurida a ideia de maximização das oportunidades probatórias, porque já se dispõe da prova incorporada para exame detido e porque se precisa definir se a prova efetivamente favorece (ainda que não se perquira em que medida) a hipótese, ou seja, se pode ser tomada como apoio para esta[429].

Já a ideia de força ou valor probatório deve ser compreendida como um vetor, que traz associada, além da ideia de direção — corroboração/refutação, a favor/contra a *probanda* —, uma ideia de intensidade: posso dizer que uma dada prova $\mathbf{E_1}$ favorece **H**, enquanto $\mathbf{E_2}$ refuta **H** numa intensidade ainda maior.

Mas essa noção — de apresentar-se como razão mais ou menos determinante — não é suficiente quando:*i*) seconsidera que o Sistema não exige apenas razões favoráveis para autorizar o reconhecimento do fato provado, mas razões forte o suficiente (II.2); e *ii*) se deixa de ver a prova como algo unitário e se passa a vê-la como um conjunto formado por diversos elementos que podem se converter em razões incompatíveis entre si, o que reclamaria algum critério minimamente capaz de intersubjetivar a opção por uma em detrimento da(s) outra(s).

Daí porque se faz indispensável, assim, antes de qualquer coisa, definir uma forma de expressão da força de cada uma das provas que integram o conjunto incorporado ao processo, condição necessária para combiná-las e, então, fazê-las confrontáveis com o requisito de suficiência fixado pelo Sistema (*standard* externo), que reclama uma prova totalizada.

Para seguir, convém registrar que a compreensão sobre se um dado conjunto de provas pode ser tomado como razão para a admissão de uma dada hipótese como verdadeira, deve operar-se segundo um esquema lógico básico denominado de inferência indutiva, mediante o

---

[428] quando opera uma espécie de princípio do *in dubio pro admissão* (I.1.5).

[429] Se a *probanda* for refutada pela prova incorporada, ou seja, se esta configurar razão para sua não admissão, a ausência de prova deverá ser decretada, não havendo que se perquirir em que medida se dá essa refutação salvo se o sistema transformar a antítese da *probanda* em *probanda*, como no caso do artigo 386, I, do Código de Processo Penal.

qual, a partir de algo já conhecido (a prova), se pode adquirir um conhecimento novo (a realidade que ficou no passado).

A *indução* é, por isso, vista como ampliativa, como geradora de um conhecimento que não se inclui totalmente nas premissas (no conhecido) e portanto, traz consigo de maneira indissociável uma incerteza ou insegurança insuperáveis, ou seja, a verdade das premissas e a correção lógica do raciocínio não garantem o acerto da conclusão (ou a verdade do conhecimento produzido).[430]

Para expressar essa ausência de total segurança (ou a presença de um risco de erro ineliminável), passou-se a utilizar o termo "provável" ou "provavelmente", para qualificar o conhecimento gerado: em vez de «dado que tenho *A*, tenho *B*», como na dedução, deve-se ver a inferência probatória como algo equivalente a «dado que tenho *A*, *provavelmente* tenho *B*»[431].

A força probatória é, pois, a medida desse "provavelmente", que não mais é compatível com um predicado absoluto — corrobora/refuta/neutro; prova/não-prova; garante/não-garante — mas é gradual, admitindo infinitas posições intermediárias.

Daí se percebe também que a força não seria propriamente um atributo da prova (elemento empírico), embora seja comum fazer essa redução linguística. A força probatória é

---

[430] "Induction is where we … find a certain thing to be true of a certain proportion of cases and infer that it is true of the same proportion of the whole class.". PEIRCE, Charles Sanders. **Deduction, Induction, and Hypothesis:** three distinct modes of logical reasoning necessary and sufficient for any cognition (Readings in Pragmatism Book 9). Local Vandals Publishing. Edição do Kindle.

[431] Por uma série de razões não há como ver a prova como um raciocínio dedutivo, onde a verdade das premissas leva necessariamente à verdade da conclusão, que, na realidade, já estaria embutida naquelas. Primeiro, porque não se opera (necessariamente) sobre os vestígios, mas sobre candidatos a vestígios, que podem ser vestígios corrompidos (marca que sofreu desgaste, alteração, como uma falsa memória, ...) ou mesmo fraudados (testemunha que mente, vídeo manipulado etc.). Segundo, porque podemos não compreender/interpretar bem o vestígio (podemos ter um vestígio e sequer compreendê-lo como tal), poderia haver uma perda de significado. Terceiro, porque a verdade viabilizada pelo vestígio pressupõe uma analogia com o que geralmente ocorre contextos idênticos ou análogos, não havendo uma garantia de repetibilidade ou de apreensão de todas as circunstâncias necessárias à analogia. Schum enumera cinco razões para a impossibilidade de uma conclusão baseada em provas ser meramente provável: "All conclusions reached from evidence are necessarily probabilistic for five reasons. Our evidence is 'never complete', is usually 'inconclusive', is frequently 'ambiguous', is commonly 'dissonant' to some degree and comes to us from 'sources having imperfect credibility.". SCHUM, David. A science of evidence: contributions from law and probability. **Law, Probability and Risk**, v. 8, p. 197−231, 2009, p. 216. Em coautoria com Anderson e Twining, detalha: "There are basically five reasons why, in any context including law, conclusions based on evidence are necessarily probabilistic in nature. The first is that our evidence is always incomplete, we never have all of it. The second is that evidence is commonly inconclusive. This means that the evidence may to some degree favor more than one proposition at issue to some extent or be consistent with the truth of more than one proposition at issue. Evidence we have is often ambiguous; we cannot decide what the evidence is telling us or what information it conveys. No better examples of ambiguous evidence exist than are found in the letters Edith Thompson wrote to Freddy Bywaters (see Chapter 7). Bodies of evidence are commonly dissonant; some of the evidence may favor one proposition while other evidence favors another proposition. Finally, evidence comes to us from sources who/that have every gradation of credibility shy of perfection. These five matters influence how the force of evidence is assessed, and they also influence how forensic standards of proof are stated.". ANDERSON, T.; SCHUM, D.; TWINING, W. **Analysis of Evidence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 246.

atributo do conjunto formado pela (*i*)*prova*, enquanto elemento empírico fonte de informação, pela própria (*ii*)*hipótese* considerada e pela (*iii*)*relação* que se estabelece entre ambas: a *prova* poderá ser mais ou menos confiável — a prova, p. ex., uma testemunha, pode ser honesta, ou não, pode ter boa acuidade visual, ou não, pode ter sido exposta a risco de adulteração de sua memória, ou não, etc.; a *hipótese*, sozinha, enquanto narrativa, pode ser plausível, verossímil, coerente intrinsecamente e/ou com outras estórias; a *relação* que se estabelece entre a prova e a hipótese dependerá de critérios de validação lógicos e também ontológicos (de conexão com a realidade empírica), que podem ser mais, ou menos, determinantes ou vinculantes.

Assim é que a *hipótese* em disputa, que ao final será, ou não, admitida para assumir o papel da própria realidade histórica, deixa de ser vista em sua individualidade, como uma narrativa pura e simples, e deve ser tomada como uma proposição do tipo «porque **E**, provavelmente **H**», que pode também ser assim expressa: «a hipótese **H** considerada a prova **E**» ou, ainda, «**H** dada **E**»[432].

Assim, pode-se dizer que a "grandeza" a ser aferida está relacionada à aptidão da prova para servir como razão favorável à aceitação da hipótese, o que impede que se conceba a valoração exclusivamente como aferição de uma característica intrínseca da coisa, do elemento de prova. Da mesma forma que a hipótese, por mais plausível e coerente que seja, não poderá ser admitida *como provada* se não encontrar apoio/corroboração na prova incorporada ao processo, ou seja, se, ao final, considerando eventuais razões favoráveis e desfavoráveis, a prova não se apresentar como um aval para sua admissão; isso porque o resultado da valoração da prova não pode decorrer exclusivamente das características da hipótese, por sua verossimilhança intrínseca, ou seja, por uma elevada probabilidade "*apriori*"(ou desconsiderada da prova), mas dependerá de uma conjugação com a qualidade da prova apresentada (de sua segurança enquanto fonte de informação) e da relação (do grau de determinação) que se estabelece entre ambas.

Daí, podemos conceber a ideia de força probatória, como sendo a medida da combinação entre a qualidade da prova (confiabilidade), a qualidade do próprio enunciado que é objeto da prova (plausibilidade)e a qualidade da ligação entre ambas[433].

---

[432] É, pois, a graduação dessa probabilidade que expressará a força probatória; ou seja, a força da prova é a força do argumento - depende dos seus três componentes - uma mesma prova, com uma confiabilidade *X*, pode repercutir de forma diferente a depender (das carências) de **H**.

[433] A qualidade da relação entre ambas equivalerá da qualidade da sua garantia (warrant), usando a expressão de Toulmin, o que será abordado mais adiante. TOULMIN, Stephen E. **Os usos do argumento**. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 141. Por enquanto basta compreender que o argumento ou proposição probatória com esse novo componente, até então, olvidado:

E → H

A questão que se põe, então, é se os oito axiomas acima mencionados se mostram indiferentes à definição do *método* com o qual o julgador lidará com os problemas[434] que dependem de uma expressão[435]da força probatória, ou seja, da medida daquele "provavelmente" contido na proposição/argumento respectivo.

A resposta nos parece negativa.

Primeiro, porque é condição para que a hipótese seja admitida como provada que esta tenha recebido algum apoio da prova incorporada ao processo, ou seja, que a «hipótese considerada a prova» (**H/E**) seja mais provável que a «hipótese desconsiderada a prova» (**H**); ou seja, é condição para a sua admissão que **H** tenha sido provada por **E**, não se admitindo a ideia de que **H** foi provada apesar de **E**; isso porque, por uma consequência natural do princípio da necessidade da prova, se mostraria absurda a admissão como provada de uma hipótese que foi refutada/enfraquecida pela prova ou numa situação em que esta tenha se mostrado neutra/irrelevante.

Segundo, porque o valor da prova deve ser confrontado ao final com um standard construído sobre uma ideia de comparação da hipótese com a sua antítese (que é normalmente decomposta em versões/modais): a) nos processos cíveis (patrimoniais), faz-se necessário que a «hipótese considerada a prova» **(H/E)** prepondere sobre sua «antítese considerada a prova» **(¬H/E)**; b) nos processos criminais, exige-se que a prova deixe a hipótese acusatória sem qualquer concorrente plausível, ou seja, que tenha sido afastada (por incompatível com a prova incorporada) qualquer versão que se integre ou configure um modal de sua antítese (**$\neg H_1$, $\neg H_2$, $\neg H_3$ ...$\neg H_n$**).

Terceiro: a prova é admitida no processo sob o pretexto de que constitui um rastro deixado pelo fato da realidade (o qual é idealizado ou hipotetizado)[436], impondo uma racionalidade própria para avaliação de sua força. **E** corroborará **H** se, e na medida, em que puder ser compreendida como relacionada causalmente ao fato da realidade que corresponderia a **H**.

Dessas três características, podemos concluir que o Sistema se mostra compatível com

---

↑
G

[434] Aferição, comparação e combinação da(s) força(s) probatória(s).

[435] Obviamente que a expressão linguística é necessária para dar intersubjetividade (objetividade) à valoração, configurando-se, pois, no primeiro critério de aferição da força probatória: aquilo que não pode ser convertido em linguagem não pode ser tomado como razão, porquanto o julgador tem que saber como soube e tem que saber dizer como soube.

[436] Não se nega que outro tipo de elemento/fonte de informação pode ser incorporado ao processo com o propósito propiciar a melhor compreensão das relações entre evidências, o que, embora repercuta na aferição da força probatória, não dispensa a necessidade da prova-validamente-incorporada como suporte.

a ideia de que, considerado um conjunto de provas delimitado, vocacionado a operar como rastros de um fato do passado, a medida da sua força dependeria diretamente da aptidão da hipótese para ser aceita como causa (da existência ou modo de ser) dessa prova e/ou do que se estabelece a partir dela[437], sendo este precisamente "o" critério de verdade fixado pelo Sistema.Essa ideia configura um norte que deve referenciar a definição da forma como se deve expressar a força probatória e, consequentemente, do método capaz de aferi-la.

3.3.1.1 O chamado probabilismo jurídico e sua (in)compatibilidade com o Sistema

Sem qualquer pretensão de fazer uma análise exauriente sobre as correntes epistemológicas que versam sobre a aferição (e expressão) da força probatória, aborda-se, aqui, tão somente o modo de expressão defendido por duas delas — as chamadas «probabilidade estatística» e «probabilidade subjetiva», que, embora bastantes distintas nos seus fundamentos, defendem uma expressão numérica da força aferida, daí porque Susan Haack as rotula como «probabilismo jurídico»[438].

---

[437] "Esto obviamente exige que los estándares de prueba sean entendidos, no simplemente en términos del grado de confianza del juzgador de los hechos, con independencia de si dicho grado de confianza es adecuado dadas las pruebas, sino en términos de lo que es razonable creer a la luz de las pruebas presentadas. En resumen, la tarea del juzgador de los hechos es paradigma ticamente epistemológica: dicho con una frase pintoresca pero exactamente adecuada de John Stuart Mill, «to judge of evidence» (que significa algo asi como «valorar el mérito de las pruebas») El juzgador de los hechos debe determinar, como Russel hubiese dicho, si las pruebas presentadas hacen creíble al grado exigido la(s) proposición(es) en cuesti6n; o, en mi vocabulario epistemol6gico, si las pruebas presentadas avalan al grado requerido la(s) proposición(es) en cuestión". HAACK, Susan. El probabilismo jurídico. Una disensión epistemológica. In: VÁZQUEZ C., (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica**. Ensayos de epistemología jurídica, pp. 65-98, Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 74-75.

[438] Registra-se a ambiguidade do termo "probabilidade", como alerta Toulmin, que tanto pode se referir à frequência relativa de um determinado tipo ou categoria de evento ou coisa; como também pode significar o grau de suporte que um determinado conjunto de provas fornece a uma hipótese. TOULMIN, Stephen E. **Os usos do argumento.** Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 110. Em inglês, para referir-se a essas duas ideias, costuma-se usar os termos *probable* (provável no sentido de frenquência relativa) e *provable* (demonstrável), para referir-se, COHEN, L. J., **The probable and the provable**. Oxford: Clarendon Press, 1977. Susan Hack enfrenta essa questão: "el concepto de probabilidad a lo largo de su historia «tiene dos aspectos»: está conectada con el «grado de creencia [avalado] por la evidencia» y con «la tendencia, exhibida por algunos dispositivos de azar, a producir frecuencias relativas estables». Cuando se habla de la credibilidad o del aval de una afirmaci6n comúnmente se usa el lenguaje de las probabilidades (probability o likelihood) – que tan probable es, dadas ciertas pruebas, que la afirmación sea cierta, o, incondicionalmente, que tan probable es dicha afirmación –. Yo misma hablo de esta manera, por ejemplo, cuando me pregunto que tan probable es, dadas las pruebas que actualmente tenemos, que exista un nexo causal entre las vacunas y el autismo; o que tan probable es que Egipto tenga un gobierno genuinamente democrático dentro de cinco años. De acuerdo con el Oxford English Dictionary, el sentido usual de «probable» (en inglés británico) es: «Dadas las pruebas existentes es posible esperar razonablemente que algo suceda o que sea el caso». De modo similar, el Merriam-Webster's Dictionary da como definición principal de esta palabra (en inglés norteamericano), «algo suficientemente respaldado por las pruebas para establecer una presunción, pero no para tenerlo como probado»". Y por supuesto, «probable», etc., aparecen también en el lenguaje de los estándares jurídicos de prueba: una formulaci6n del estándar «de la preponderancia» es «más probable que su negación», una formulación «de clara y convincente» es «altamente probable», y una formulaci6n «de la sospecha razonable» es una «causa probable».

Para ambas, o julgador, após relacionar uma dada prova a uma dada hipótese, deveria expressar a respectiva força seguindo um padrão numérico — um percentual ou um número entre de 0 (zero) a 1 (um) —, que deveria corresponder:

a) às chances de aquela hipótese ter mesmo ocorrido, já considerado o contexto revelado pela prova —*probabilidade estatística*;

b) ao grau de confiança subjetiva do julgador quanto à veracidade da hipótese, que seria algo equivalente ao quão (ou sob que relação) o julgador estaria disposto a apostar nela —*probabilidade subjetiva*.

A probabilidade subjetiva ou *bayesianismo*[439] logo nos parece manifestamente incompatível com o Sistema, desde sua ideia principal: aferir o nível de confiança do julgador. Como se disse, o Sistema busca afastar-se de uma espécie de medida da crença[440]; sem falar o quão arbitrário (porque de dificílimo controle) seria a atribuição de graus de confiança para os diversos aspectos da prova que interfeririam na força[441]. É que, como a forma de expressão da

---

El modo natural y obvio de entender estos usos jurídicos esta en el sentido epistemológico habitual: cuan razonable es una afirmación a la luz de las pruebas.". HAACK, Susan. El probabilismo jurídico. Una disensión epistemológica. In: VÁZQUEZ C., (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica**. Ensayos de epistemología jurídica, pp. 65-98. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 75 - 76.

[439] Pode-se mencionar algumas defesas "bayesyanistas" mais ou menos rigorosas: FINKELSTEIN, Michael O; LEVIN, Bruce. **Statistics for Lawyers**. New York: Springer Science, 2019; Bernard Robertson & G. A. **Vignaux, Taking Fact Analysis Seriously**, 91 Mich. L. Rev. 1442. 1993. Available at: https://repository.law.umich.edu/mlr/vol91/iss6/24; FRIEDMAN, Richard. D. (1997). **Towards a (Bayesian) Convergence?** The International Journal of Evidence & Proof, 1(special), p. 348–360. GOLDMAN, Alvin I. Quasi-objective bayesianism and legal evidence. **Jurimetrics**, v. 42, n. 3, pp. 237-260, 2002.; CHILSON, Neil. Bayesian analysis as a framework for (legal) thinking.**Geo. L. Tech. Rev**. 89, 2016.

[440] "No obstante, el lenguaje de los estándares de prueba es también en parte epistemológico: «razonable» en «más allá de toda duda razonable», «clara» en «clara y convincente», parecen cuestiones objetivas dado que aparentemente se refieren ala calidad de las pruebas presentadas. Y el aspecto epistemológico, en mi opinión, es crucial. Esto no quiere decir que el grado de confianza del juzgador de los hechos en la conclusión sea completamente irrelevante; después de todo, el grado de creencia de una persona razonable estará en proporción, al menos aproximadamente, a la fuerza de las pruebas – esto es, cuanto más avalen las pruebas a *p*, el juzgador de los hechos tendrá mayor confianza en que *p* es verdadero –. Sin embargo, esto es decir que el grado de creencia del juzgador de los hechos es una cuestión distinta y claramente secundaria; mientras el peso de las pruebas es lo principal." … "Ninguno de estos estándares, por cierto, es completamente transparente; pero (con la posible excepción de la instrucci6n del estado de Florida sobre el estándar de «la preponderancia») todos dejan muy claro que los estándares de prueba no deben entenderse como una mera cuestión psicológica del grado de convicción del jurado, sino como una cuestión principalmente epistemológica, el grado de creencia avalado por las pruebas, o la falta de ello."HAACK, Susan. El probabilismo jurídico. Una disensión epistemológica. In: VÁZQUEZ C., (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica**. Ensayos de epistemología jurídica, pp. 65-98. Madrid: Marcial Pons. 2013, p. 71-72.

[441] Nesse sentido, Alex Stein: "I think it should be obvious that these epistemic conditions will also allow the judge to determine the posterior probability directly. There is nothing epistemically special in p(M/D), when compared with the other probability values. Like the latter, p(M/D) will be located in the web of the judge's relevant knowledge." This point should be obvious because the judge's knowledge of the other probability values logically entails her knowledge of p(M/D). If, for instance, the judge's task were to determine p(D/M) as her final hypothesis, then, by standing on the same evidential platform, she would have discharged this task by determining p(M/D) first. Her subjective probability estimates can be determined only as part of a comprehensive network, which encapsulates ab initio their mutual dependency and interrelationships as cardinal numbers (otherwise, distortions are bound to occur)." Because the required network (or web of beliefs) needs to

força probatória deve ser a mesma, tanto para um dado aspecto de uma prova isoladamente considerada (a confiabilidade da fonte), quanto para uma combinação de provas diversas, não necessariamente convergentes, o julgador teria que calibrar numericamente o quão confia na honestidade de uma dada testemunha, na sua acuidade visual etc.

Já a probabilidade estatística apresenta de logo alguns problemas: mesmo se reconheça que a expressão numérica poderia em tese facilitar um processo de unificação das forças probatórias, nada poderia minimamente assegurar que se teria valores predefinidos ou meios para quantificar (em chances ou percentual) cada proposição probatória ou cada variável que integra uma mesma proposição. A superação do arbítrio na definição desses valores reclamaria uma espécie tabela de chances para infinitas variantes (categorias ou cenários) e/ou fórmulas para cálculos, o que parece algo irrealizável.

Outrossim, a ideia de *conjunção*, que parece indissociável da tentativa de maximizar a objetividade na totalização dessas forças quantificadas, implica que sempre que, numa proposição ou na associação de uma ou mais proposições, a conclusão estiver condicionada a variáveis independentes, será necessário proceder à multiplicação das probabilidades (ou frações) associadas a cada variável, o que poderá aniquilar a expressão da força. Ilustrando: a força a ser atribuída à proposição $\mathbf{H/E_1}$, onde $\mathbf{E_1}$ consiste num testemunho em que se afirmou haver presenciado **H**, deveria decorrer da multiplicação das chances de (*i*) a testemunha não ter mentido, (*ii*) não ter se enganado quando de sua experiência sensorial, (*iii*) não ter sua memória se corrompido de alguma forma — esquecimento ou falsa memória —, (*iv*) ter corretamente se expressado, apesar de eventual indução pelo entrevistador etc[442]; parecendo mesmo que, à exceção de atribuições de valores muito elevados (bem próximos a 1), o

---

be comprehensive, the subjectivist Bayesian computation can generate no inferential progress. This vacuousness marks the subjectivist version of juridical Bayesianism as redundant.". STEIN, A. Bayesioskepticism Justified. **The International Journal of Evidence & Proof**, 1(special), 339–342, 1997, p. 342.) Stein registra que não está rejeitando qualquer utilidade da abordagem bayesiana, entendendo que ela pode fornecer determinados aportes para melhor compreensão da relevância de uma determinada prova, como a prova de caráter (*character evidence*) ou aferir o valor da prova pericial (*Ibidem*, p. 339). Nesse sentido, p. ex., ABRAMSON, Bruce. "Blue Smoke or Science - The Challenge of Assessing Expertise Offered as Advocacy." **Whittier Law Review**, vol. 22, no. 3, pp. 723-778, 2001.; TILLERS. Peter. GREEN, Eric D. Green. "**Probability and Inference in the Law of Evidence:** the Uses and Limits of Bayesianism." Dordrecht , 1987.

[442] "Pero no creo que el cálculo de probabilidades podría hacer esto, por al menos tres razones: Dado que la calidad de las pruebas tiene varias dimensiones diferentes (grado de apoyo, seguridad independiente e inclusi6n) y que no hay forma de ordenar el relativo éxito o fracaso a través de estos diferentes factores, no hay garantía incluso de un orden lineal de los grados de aval. - Mientras que la probabilidad de p y la probabilidad de no-p debe ser igual a 1, cuando no tenemos prueba alguna o solamente tenemos pruebas muy débiles, en ambas direcciones, ni p ni no-p pueden estar avaladas en ningún grado. - Mientras que la probabilidad de p y q (para una p y una q independientes) es el producto de las dos y, por tanto, la probabilidad de su conjunción sera menor a la probabilidad de cualquiera de ellas, a menos que las dos sean 1, el grado de aval de su conjunción puede ser más alto que el grado de aval de sus componentes". HAACK, Susan. El probabilismo jurídico. Una disensión epistemológica. In: VÁZQUEZ C., (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica**. Ensayos de epistemología jurídica, pp. 65-98. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 80-81.

resultado da combinação das inúmeras variáveis dificilmente superaria os 0,5 (ou 50%).

Além disso, a probabilidade estatística parece encontrar alguma dificuldade para compatibilizar-se com a ideia de *complementaridade da negação*—**P(H/E) + P(¬H/E) = 1**—, que, como se viu, integra a ideia incorporada pelos standards de prova.

Segundo a complementaridade, também tratada como o princípio lógico do terceiro excluído, deve-se adotar como premissa lógica que as duas hipóteses a serem confrontadas exaurem o todo de possibilidades; ou seja, elas, **H** e **¬H**, além de incompatíveis logicamente entre si, excluem qualquer outra hipótese, exaurindo as alternativas, completando o todo. Para tratar com a ideia de mais provável que improvável (ou seja, da preponderância da hipótese sobre sua antítese), ou mesmo com a ideia de superação da fundada dúvida, equivalente à exclusão (da plausibilidade ou compatibilidade, com **E**,) de **¬H**, seria imprescindível que se adotasse como premissa lógica que **P(H/E) + P(¬H/E) = 1**.

Assim, considerando que na grande maioria das vezes a probabilidade estatística se volta demonstrar a (alta) probabilidade de **H** a partir da (baixa) probabilidade de **¬H** — algo como "seria mais fácil ganhar na loto duas vezes que ocorrer ...", isso porque esta (**¬H**) pode ser concebida abstratamente e vinculada a uma probabilidade conhecida, ao contrário daquela (**H**), que versa sobre uma realidade única—, a equiparação de uma determinada categoria à **¬H**, reclamaria garantias de que **¬H** foi exaurida, o que já revela a insuficiência da probabilidade alcançada para dar conta da ideia de força probatória.

Por último, a equiparação da força probatória à ideia de chance de ocorrência futura ou passada de uma dada categoria de evento parece contrariar um dos fundamentos do Sistema, consistente na prova como uma espécie de acesso ao passado por meio dos seus rastros: o que se quer não é definir os fatos com base num caminho qualquer, mesmo que garanta uma alta probabilidade de acerto (aleatório/casual), mas, sim, almeja, por meio dos seus rastros, resgatar um fato único que ficou no passado (I.2 e II.1).

A adoção da probabilidade estatística, como forma de expressão da força probatória, terminaria dando outra função à prova: que seria, primeiro, a de categorizar a hipótese (ou sua antítese), de fazê-la enquadrar numa dada abstração (classe ou categoria de fatos), para qual já se tenha associada uma frequência estatística, acessando assim sua maior ou menor chance de ocorrência futura e portanto, sua maior ou menor chance de ter ocorrido no passado.Afastar-se-ia, então, da ideia de prova enquanto rastro/vestígio, buscando-se quantificação das chances da hipótese recategorizada pela prova, vir a ocorrer ou ter ocorrido[443].

---

[443] Para Christian Dahlman, o raciocínio ou argumentação probatória se dá através de generalizações, sendo sua

Fraderik Schauer[444]faz uma defesa da probabilidade estatística com base numa lógica eficientista, indagando se acertar não seria o mais importante e se não poderia estar ultrapassada essa concepção da adjudicação dos fatos como a tentativa de resgate de um evento únicodo passado, por meio de uma experiência sensorial combinada comum raciocínio especulativo generalizador ou indutivo), que poderia não conseguir melhores resultados ao longo do tempo.

A ideia de Schauer, entretanto, apresenta, de logo, uma dificuldade: a ausência de qualquer garantia que a probabilidade estatística levaria a um melhor resultado na determinação dos fatos do processo judicial; ou seja, absolutamente nada assegura que se incremetariam os acertos.

Daniel Kahneman[*445*], que assume a discutível[446] premissa de que haveria uma

---

função (da generalização e da prova) conectar duas classes ou categorias (*reference class* e *target class*) DAHLMAN, Christian. **Unacceptable Generalizations in Arguments on Legal Evidence**. Argumentation 31, 83-99. 2017. p. 86. Schauer defende que a ideia de resgatar um evento único é ingênua, porque não haveria diferença substancial entre a prova estatística e a dita prova individualizada. SCHAUER, Frederick. **Profiles, Probabilities and Stereotypes**. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 105 e ss. Edilson Vitorelli vai mais longe, defendendo inclusive a possibilidade de uma condenação baseada exclusivamente numa elevada probabilidade estatística, *verbis*: "do que foi exposto até aqui, é possível concluir que a afirmação, ex-ante, de que réus não podem ser condenados apenas com base em apurações estatísticas decorre de uma má compreensão do papel que as probabilidades desempenham no raciocínio probatório, de maneira geral. Demonstrou-se que qualquer prova implica raciocínios probabilísticos quanto a sua confiabilidade, os quais dependem de raciocínios probabilísticos quanto à confiabilidade daquela espécie de prova, de modo geral. Disso decorre que uma prova nunca é passível de ser analisada apenas de acordo com o caso, mas exige raciocínios probabilísticos implícitos, que não se distinguem dos raciocínios estatísticos. Em segundo lugar, a impossibilidade de se condenar alguém com base em estatísticas se baseia na falsa premissa de que elas se dirigem ao comportamento geral de um grupo, enquanto as provas tradicionais se dirigem diretamente ao caso. Em realidade, graças ao raciocínio probabilístico antes demonstrado, qualquer prova, mesmo que se dirija diretamente ao caso, tem apenas um percentual (usualmente implícito e não calculado) de chances de, efetivamente, comprovar as afirmações da parte. VITORELLI, Edilson. Raciocínios probabilísticos implícitos e o papel do estatístico na análise probatória**. Revista de processo**. v. 297, 2019, p. 12. Jordi Ferrer rebate a ideia de que o raciocínio probatório é baseado exclusivamente em generalizações; *verbis*: "Ahora bien, siendo esto correcto, no implica que podamos razonar sobre la ocurrencia de hechos individuales únicamente a partir de generalizaciones (salvo que la hipótesis sobre los hechos sea en sí misma contradictoria). Siempre será, pues, necesario disponer de elementos de juicio particulares sobre el hecho individual que acrediten la verdad de la hipótesis". FERRER BELTRAN, Jordi. 2021, p. 79. De fato, como se defendeu há pouco (II.1.1) o Sistema parece exigir uma conexão com a realidade empírica, por meio de uma experiência com outra realidade empírica, como forma de promover uma ancoragem com na realidade com o recurso a generalizações. Para Wagenaar (et. al.) as hipóteses (ou estórias) necessitariam da prova (e de suas subestórias) para se conectar ao mundo empírico. WAGENAAR, Willem A; KOPPEN, P. J. V.; CROMBAG, H. F. M. **Anchored Narratives: The Psychology of Criminal Evidence**. Hemel Hempstead, Hertfordshire: Harvester Wheatsheaf, 1993, p. 39.

[444] SCHAUER, F., **Profiles, Probabilities, and Stereotypes. Cambridge**, Harvard University Press. 2003, p. 79 e ss.

[445] KAHNEMAN, Daniel. **Thinking, fast and slow.** New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011, p. 166-70.

[446] Gerd Gigerenzer combate a ideia de que o desvio de modelos lógicos e estatísticos implica em erro ou irracionalidade e tentar demonstrar que o pensamento heurístico em muitas situações pode apresentar um melhor resultado que esse modelo de racionalidade. *In verbis*: "We began this review with the observation that the three major tools for modeling decision making—logic, statistics, and heuristics—have not been treated equally, with each suited to a particular kind of problem. Instead, in psychology, heuristics became associated with errors and contrasted with logical and statistical rules that were believed to define rational thinking in all situations. Yet this view has been questioned for uncertain, large worlds where the assumptions of rational models are not

superioridade (uma maior qualidade) generalizada do raciocínio estatístico, realiza um experimento em valoração da prova judicial, que poderia demonstrar as deficiências na forma de raciocinar das pessoas em geral. Referida experiência, embora se baseie em um caso de laboratório, impossível de concretizar-se, na prática, já que se dispôs de valores numéricos tanto para **P(H)**(a probabilidade de **H** de desconsiderada a prova ou a probabilidade a priori de **H**), como para as chances de acerto de um certo tipo de testemunho — **$P(E_1/H)$ / $P(E_1/\neg H)$**—, tem a aptidão de permitir uma melhor percepção do quão o raciocínio estatístico é (in)adequado à aferição e expressão da força probatória.

O caso dos táxis azuis e verdes.

O caso consiste num abalroamento de trânsito, com fuga de um dos envolvidos. Aquele que se disse vítima ajuíza uma ação cível contra uma empresa que explora o ramo de táxis denominada "Cia Táxi Verde", ao que se associa que todos os seus automóveis são verdes. No referido processo, foi ouvida uma testemunha que afirmou que o carro que se chocou com o do autor era um táxi verde. A empresa, em sua defesa, apresenta documento que comprova que tem uma frota pequena — apenas 15% do total de táxis que circulam na cidade — e que a outra companhia de táxis que ali opera, denominada "Cia Táxi Azul", cuja totalidade de seus taxis tem essa cor, possui 85% de toda frota da cidade. Outra informação também confiável teria sido obtida pelo julgador: é de 20% a chance de uma pessoa, nas mesmas condições de iluminação e distância do caso, indicar a cor verde após observar um veículo azul.

Após aplicar o caso em diversos experimentos e obter uma maioria de respostas defendendo que a probabilidade de um táxi verde ter se envolvido no acidente, considerada a evidência apresentada, era de 80%, Kahneman defende que isso seria um erro de julgamento, indicando que a probabilidade seria de 41%, valor atingido a partir da aplicação do teorema de Bayes, utilizado como esquema de raciocínio pela corrente que defende a probabilidade subjetiva para expressar e totalizar a força probatória, mas também adequado ao cálculo da

---

met. We reviewed studies on decisions by individuals and institutions, including business, medical, and legal decision making, that show that heuristics can often be more accurate than complex "rational" strategies. GIGERENZER, Gerd; GAISSMAIER, Wolfgang. Heuristic decision making. **Annual Review of Psychology** v. 62, pp. 451-482, 2011. Também: GIGERENZER, Gerd. **Rationality for Mortals. How People Cope With Uncertainty**. New York: Oxford University Press,2008. Por outro lado, Allen e Pardo comprovaram empiricamente aquilo que chamaram de "plausibilidade relativa", teoria descritiva que explicaria como é a prova judicial que concretiza na praxe americana. Segundo os pesquisadores, a ideia de probabilidade estatística robusta não respeita a condição humana real, que exigiria muito mais do que é humanamente possível de fornecer, não dando conta de acomodar as práticas cognitivas humanas reais. ALLEN, R. J.; PARDO, M. S. Relative plausibility and its critics. **The International Journal of Evidence & Proof,** 23(1–2), 5–59. 2019, p. 54.

resultante das chances.

P(H/E)	**= P(H) . P(E/H)/P(E)**
	= 0,15 . 0,8/x
	= 120/x
P(¬H/E)	**= P(¬H) . P(E/¬H)/P(E)**
	= 0,85 . 0,20/x
	= 170/x

Chega-se, portanto a uma relação de **120/~~x~~**, para **P(H/E)**, e de **170/~~x~~**, para **P(¬H/E)**. Considerando que **P(H/E) + P(¬H/E) = 1**,

P(H/E)	**= 120/(120+170)**
	= 41,37%[447]

Perceba-se que a defesa de Kahneman, e daqueles que se filiam à corrente probabilística, as chances de a hipótese apoiada na prova ter de fato ocorrido são de apenas 41%, ou seja, seria mais improvável que provável, o que imporia o reconhecimento do «fato não provado» mesmo num standard de preponderância, já que as chances de **¬H** (de o acidente ter sido provocado por um táxi azul) seriam maiores.

Dessa forma, percebe-se que a razão dessa baixa probabilidade final se deveu ao *impacto direto*da probabilidade a *priori* de **H**(e de **¬H**), ou seja, pelas chances de um acidente qualquer envolver um táxi verde e envolver um táxi azul, a qual considerou*apenas* suas proporções na população de táxis.

A questão é: nosso sistema de valoração da prova admite essa premissa adotada implicitamente pelos probabilistas, de que, «*na ausência de visualização de uma relação causal específica, o mundo deve ser visto como uma sequência de eventos aleatórios*»?

Os acidentes automobilísticos podem mesmo ser considerados eventos aleatórios ou, ao contrário, são predominantemente causais, relacionando-se com a manutenção dos

---

[447] "**correct answer is 41%**: Applying Bayes's rule in odds form, the prior odds are the odds for the Blue cab from the base rate, and the likelihood ratio is the ratio of the probability of the witness saying the cab is Blue if it is Blue, divided by the probability of the witness saying the cab is Blue if it is Green: posterior odds = (.15/.85) × (.80/.20) = .706. The odds are the ratio of the probability that the cab is Blue, divided by the probability that the cab is Green. To obtain the probability that the cab is Blue, we compute: Probability (Blue) = .706/1. 706 = .41. The probability that the cab is Blue is 41%.". KAHNEMAN, Daniel. **Thinking, fast and slow**. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011, p. 407.

automóveis, treinamento dos motoristas, política de responsabilização, qualidade da sinalização, conservação das viasetc.? Se não se quer que o desconhecido interfira mais que o conhecido, seria correto desprezar todas as informações que poderiam repercutir no cálculo das chances?

Por outro lado – o mais importante para que se conclua sobre a (in)adequação da probabilidade estatística como forma de expressão da força probatória —, o acerto ou erro no depoimento de uma testemunha seria mesmo algo também aleatório, como uma roleta — simplesmente alguns acertam e outros erram — ou também é evento preponderantemente causal? Se o for, porque considerar, para reduzir as chances de acerto, algo absolutamente desconectado daquilo que poderia interferir na qualidade do testemunho efetivamente apresentado[448]?As chances de confundir azul (observado) com verde (interpretado) é mesmo algo que dependeria da quantidade de azuis e da quantidade de verdes, ou seja, é algo que seria mesmo *impactado na mesma proporção* numérica entre a disponibilidade de carros verdes e azuis?

Parece claro que não: aliás, o fato de haver menos veículos verdes poderia ser visto como razão para um impacto positivo nas chances de acerto, justamente por que esta raridade dos táxis verdes impactaria mais o observador, dando maior destaque, reduzindo ainda mais o risco normal de se afirmar o verde (raro), quando o observado foi o azul (comum) [449].

Tentando um exemplo mais didático: o fato de existirem 9.999 cisnes brancos para cada cisne preto não pode impactar *com intensidade equivalente à dessa razão numérica (1:10.000)* as chances de erro do testemunho de que um cisne preto foi avistado[450]. A força

---

[448] Perceba-se que, no caso, que a verdade da **H** – o acidente foi provocado por um táxi verde – depende integralmente do quão seguro é o testemunho, ou de maneira mais simples: sua falsidade (de **H**) está absolutamente vinculada a eventual defeito na percepção da realidade vivida pela testemunha, a eventual defeito no armazenamento, guarda ou recuperação do que restou memorizado, de eventual problema na expressão dessa recordação (conceitual, p. ex., o que se poderia considerar verde, o que se poderia considerar azul) e de eventual desonestidade da mesma (de ter dolosamente declarado uma realidade que não viveu).

[449] Alex Stein, também analisa o mesmo caso e chega a essa mesma conclusão. *In verbis*: "whether the defendant's cab hit the plaintiff has nothing to do with that statistical distribution. Correspondingly, the case-specificity principle holds that factfinders should disregard this piece of information. What is of consequence is the witness who saw the accident and who says that the cab that hit the victim was green. The fact that the witness correctly identifies cab colors 80% of the time is also relevant. As I already explained, factfinders can use such evidence as second-order information in assessing the credibility of the primary evidence (the witness's testimony). The distribution of cabs in town, on the other hand, cannot be used as credibility evidence because an ordinary person can tell green from blue even when she is accustomed to seeing one green cab and many blue cabs. The plaintiff's case-specific story, corroborated by the eyewitness, consequently wins the plausibility contest. In numerical terms, this story has an 80% probability of being true, precisely as estimated by the factfinders." STEIN, Alex. The new doctrinalism: implications for evidence theory. **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 163, pp. 2085-2107, 2015, p. 2101. Jordi Ferrer analisa outro caso hipotético valendo-se de argumentos semelhantes. FÉRRER BELTRÁN, *op. cit.*, p.74.

[450] Na realidade, do argumento respectivo – dado o testemunho T, provavelmente um cisne negro esteve em dado local e tempo.

probatória, que no caso se confina à medida confiabilidade do testemunho, dependeria muito mais de explicações causais para um testemunho errôneo, como: a distância da observação; existência de outras aves grandes e pretas na região; eventual interesse da testemunha na existência/visualização um cisne preto; alguma patologia mental da testemunha etc.; nada autorizado que a ausência dessas informações faz devolver as chances de erro à aleatoriedade.

Não se quer dizer com isso que se deveria desprezar a baixa frequência de cisnes pretos, mas apenas que essa probabilidade *a priori* (*naked*) não poderia *impactar com sua intensidade (ou proporção)* o cálculo da força do suporte probatório conferido pela testemunha. A força probatória, assim, não tem (praticamente) nada a ver com a comparação entre a (*i*) «probabilidade de alguém ver um cisne preto» e a «probabilidade de alguém ver um cisne não preto»; mas muito mais com a comparação entre a (*ii*) «probabilidade de alguém que diz ter visto um cisne preto ter realmente visto um cisne preto» com a «probabilidade desse alguém não ter visto o cisne preto»; e isso dependerá muito mais de uma multiplicidade de fatores inapreensíveis numa tentativa simplória de abstração/categorização.

Ademais, para além de se estar longe de uma prognose favorável à tese de que a probabilidade estatística levaria à redução do erro na valoração da prova, vale reiterar que o Sistema, como defendido (item II.1.1), quando se volta a definir quando se pode aceitar uma hipótese como provada, deliberadamente despreza uma eventual alta probabilidade (estatística) a *priori*, aferível com base numa categorização da hipótese desconsiderada a prova (*naked statistics*) , e prioriza suas conexões (causais) com os vestígios ou rastros do passado.

É como se o Sistema assumisse um determinado nível de risco de errar na tentativa de resgate do fato do passado, mas não se interessasse pela responsabilização de alguém (apenas) porque se integra uma determinada categoria que apresenta uma maior proporção (des)favorável; isso, aliás, parece ser exigido para ajustar o sistema probatório à finalidade do ordenamento jurídico, interferir e condicionar (causalmente) a realidade empírica e mais especificamente a conduta dos indivíduos[451].

---

[451] Jordi Ferrer faz uma defesa da incompatibilidade da probabilidade estatística, *In verbis*: "La epistemología no estpa interesada solo en reducción de errores y el derecho tampoco. La justificación de una decisión sobre los hechos tiene una dobre cara (o hay dos tipos de justificaciones, se se prefiere): una material y una procedimental, Desde el primer punto de vista, podemos decir que una decisión está justificada si la proposición que se declara probada es verdadera. En el sentido procedimental, en cambio, la decisión está justificada si la hipótesis que se declara probada tiene suficiente apoyo en los elementos de juicio disponibles. La misma distinció pruede presentarse en términos de la verdad y la validez de la decisión adoptada. Pues bien, tano al derecho como a la epistemología general no le interesa el acierto por causalidade. Na decisión judicial no está justificada si declara probada la hipótesis verdadera por causalidad … Si adoptamos decisiones sobre hechos individuales sobre la base de información que nada nos dice sobre la verdad de esos hechos individuales, resulta que nuestreas

Por fim, sem desmerecer a importância da estatística para melhor precisar o significado e o grau de segurança de determinadas provas científicas — identificação por impressões digitais ou por DNA, provas epidemiológicas etc – que viria como reforço da explicação causal exigida pelo Sistema—, deve-se reiterar a sua insuficiência para representar (e expressar) a ideia de força probatória, o que reclamaria um critério auxiliar vocacionado a medir a suficiência ou adequação da categorização propiciada pela prova, o que termina sendo reconhecido pelos seus próprios defensores. [452]

3.3.1.2 A probabilidade lógica de Cohen

O pensamento de L Jonathan Cohen[453] é visto como um desenvolvimento da ideia de Francis Bacon, que, já no século XVIII, defendia que a tentativa de provar uma dada proposição mediante a busca de dados favoráveis a ela configuraria verdadeira perda de tempo. Para este, o melhor seria levar a cabo procedimentos voltados a tentar contrariá-la ou falseá-la, posto que provável seria (ou melhor provada estaria) aquela proposição que resistisse aos maiores esforços voltados a destruí-la.

Cohen defendeu que uma prova só é relevante para interferir na admissão de uma dada hipótese se serve para enfraquecer (ou, num grau extremo, eliminar) uma ou mais hipóteses (ou teorias) que merecemser consideradas; e, consequentemente, que a ideia de força deve ser vista como a medida dessa aptidão, o que faz com que se conclua que a probabilidade lógica tem uma função ordenatória (num grau extremo, eliminatória), sendo incompatível com uma

---

decisiones no son sensibles a la verdad … Ello, evidentemente, tiene un impacto sobre la capacidad del derecho de motivar la conducta. En otro lugar he argumentado que solo si el proceso judicial cumple (en la mayor parte de los casos) la función de determinar la verdad de las proposiciones sobre los hechos podrá el derecho tener éxito como mecanismo para motivar la conducta de sus destinatarios. Pero es condición necesaria para que el proceso pueda acertar en el cumplimiento de la función de determinar la verdad que las decisiones que en él se tomen sobre los hechos sean sensibles a la verdad." (FERRER BELTRAN,*op. cit.*, p. 73-75). "… la respuesta no puede ser otra que negativa por las razones ya expuestas sobre sus ámbitos de aplicación: la probabilidad estadística no dice nada acerca de los hechos individuales sino únicamente de las frecuencias.". FERRER BELTRAN, *op. cit*, p. 102.

[452] Os defensores da probabilidade estatística, para evitar resultados absurdos decorrentes de categorizações demasiado abrangentes terminam tendo que recorrer a outro critério para dar conta da aferição da força probatória, justamente uma espécie de medida da adequação da categorização que a prova logra propiciar ou o quão robusta é a generalização empregada, ao que se referem como o problema da classe de referência (*reference class problem*). Nesse sentido, Cristian Dahlman, *verbis*: "A generalization can be transformed into a more robust generalization by making the reference class more specific. This transforms the reference class into a less heterogeneous reference class. The reference class of cases where circumstance *A* is present can be transformed into the more specific reference class of cases where ''*A* and *B*'' are present, or the even more specific reference class ''*A* and *B* and *C*''. DAHLMAN, Christian. **Unacceptable Generalizations in Arguments on Legal Evidence**. Argumentation 31, 83–99, 2017, p. 94. No mesmo sentido: SCHUM, David A. **The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning**. New York: Wiley-Interscience, 1994, p. 243 e ss.

[453] COHEN, L. J. **The probable and the provable**. Oxford: Clarendon Press, 1977.

expressão em termos absolutos — mediante valores numéricos ou mesmo expressões linguísticas. A ideia é, pois, de comparar como se "comportam" duas ou mais hipóteses concorrentes, quando confrontadas com um dado conjunto de informações conhecidas.

Para ilustrar a ideia de Cohen, imaginemos o seguinte caso:

Joana, uma professora de 62 anos, se propõe a provar que possui um risco de morte acima de 20% e que, por isso, merece o benefício de redução de impostos previsto na lei (fictícia). Apresenta, então, como provas, a carteira de identidade e um comprovante de sua profissão e se reporta a estudos seguros e notórios que garantem que o risco de morte de uma professora com mais de 60 anos é de 22%.

No caso, como deveria ser aferida a força dessa proposição **H/E** – «dada sua idade e profissão atestadas (**E**), provavelmente o risco de morte de Joana é maior que 20% (**H**)»?

Segundo a probabilidade baconiana, a expressão da força probatória dependeria justamente de se perquirir quais seriam as questões relevantes que envolvem a definição do risco de morte relevante para a aplicação da lei em questão; o que remete o julgador à identificação de fatores que interferem nesse risco, como, p. ex. índice de massa corpórea, nível de glicose elevada, eventuais patologias cardíacas, eventual predisposição genética para determinadas doenças, nível de atividade física etc. Assim, como essas questões relevantes geram ao menos uma hipótese concorrente, pode-se comparar como se comportariam, por exemplo,**¬H$_1$**— Joanaé uma professora de 62 anos,sem histórico de doenças na família, com hábitos saudáveis que excluíram determinados fatores que elevam o risco de morte, resultando, segundo o mesmo estudo apresentado por ela, num risco de vida inferior a 10%, — e **H** diante de **E**, buscando ordená-las.

Daí que, como**E**não consegue autorizar uma preferência por **H**ou por **¬H$_1$**, ainda que esta fosse *a priori* (*naked*) menos provável e portanto, e com menores chances de corresponder à realidade, deve-se reconhecer a inaptidão ordenatória de **E** e decretar o «fato não provado»[454].

---

[454] A aferição da probabilidade estatística de H/E seria aferida a partir da atribuição das chances de os documentos retratarem a sua condição de professora maior de 60 anos; em se considerando próximo a zero o risco de falsidade/adulteração da prova, não seria equivocado afirmar que E dá algo próximo a 100% de chance de não haver alguma falsidade relacionada à idade e profissão. A ausência de uma melhor categorização das condições do fato da realidade não seria propriamente preocupação do esquema da probabilidade estatística, que não se volta a medir a deficiência de E enquanto apoio de H. A ausência de uma maior concretude à proposição, por uma deficiência de E (incapaz de uma categorização mais precisa) não seria captada pela probabilidade estatística, que, como visto acima, trabalha o «não conhecido» como aleatório. A ausência de elementos que estreitassem a categoria (v. g., professora, moradora de uma área sem poluição, com histórico familiar de saúde favorável etc.) não afetaria a probabilidade estatística, na medida que o que se quer é saber a probabilidade da «hipótese H considerada a prova E». Restaria como se disse a necessidade de aferição de outra grandeza: a da robustez dessa generalização, o que devolve à aferição da força probatória uma questão difícil de intersubjetivar:

A expressão da força de uma proposição (**H/E**)relaciona-se, então, com o *quão completa*ela se mostrou **E** em relação a aspectos/questões considerados relevantes para o problema em questão e com o quão bem se saiu **H** em comparação com as hipóteses concorrentes.

O quadro abaixo ilustra bem essa ideia de completude que embute a probabilidade lógica de Cohen:

ESCALA DE PROBABILIDADE BACONIANA

Ausência de prova **Prova suficiente** (...)

|----------|---------- ...

| | ...

FORÇA DA PROPOSIÇÃO «H DADA E»:

| | ...

|++++++++++|----------|---------- ...

| perguntas respondidas por E |perguntas não respondidas por E|

O esquema lógico de Cohen (e consequente a forma sob a qual permite expressar a força probatória) já considera e, consequentemente, expressa a ideia de cobertura ou completude da prova, dada justamente por sua relação com as questões (consideradas) relevantes para a aceitação/rejeição da hipótese.

Assim, segundo a probabilidade lógica ou indutiva, a proposição «**H** dada **E**» (**H/E**) será mais forte ou mais fraca a depender de quão boa **H** se mostrar enquanto explicação para a existência e o modo de ser de **E** e isso parece mostrar-se compatível a racionalidade exigida pelo Sistema (II.1.1).

Ademais, a probabilidade lógica mostra-se compatível tanto com a valoração da força de um único elemento de prova —$\mathbf{H_1}$ dada $\mathbf{E_1}$—como também com a expressão da força de um conjunto de provas [455], sendo que cada umae as combinações entre elas poderão responder

---

a medida do quão robusta é a generalização usada ou a quão específica é a classe referência. DAHLMAN, Christian. **Unacceptable Generalizations in Arguments on Legal Evidence**. Argumentation 31, 83–99, 2017, p. 94**.**

[455] Susan Haack recusa um esquema baseado numa lógica indutiva, recusa-se falar em probabilidade: "sin embargo, yo no apelare a ningún tipo de «1ógica inductiva» ni cuasi baconiana ni otra; dado que creo que la moraleja de la paradoja del «verdul» es que no puede ser una lógica inductiva formal." Embora reconheça

as diferentes questões que definirão o desempenho de **H** e de **E**.

Caminha-se no mundo e no Brasil, para um consenso em torno de que a ideia de probabilidade lógica dá conta dos problemas da prova judicial[456], significando uma verdadeira mudança de paradigma[457], o que, insista-se, não implica a desimportância dos aportes que propicia abordagem probabilística da prova, como se verá adiante.

3.3.1.3 A abdução como guia para aferição da probabilidade lógica

É fácil perceber, notadamente com o apoio do gráfico acima, que a aferição da força da proposição **H/E**(ou da medida da sua probabilidade lógica) se dará através da verificação do "comportamento" de **E** após submetidas a desafios/perguntas relevantes ao assunto em que

---

alguma afinidade, diz que seu conceito de integração explicativa exerce um papel distinto das histórias explicativas defendidas por Ronald Allen, *in verbis* "Y si bien hay cierta remota afinidad entre el concepto «integración explicativa» que desempeña un papel en mi explicación epistemológica y «las historias explicativas» que desempeñan un papel en la «reconceptualización de los procesos civiles» propuesta por Allen. estos no son conceptos exactamente iguales, tienen roles diferentes en las dos teorias – dos teorias que tienen tambien propósitos diferentes –". Todavia, não parece haver diferença entre a ideia de Haack e a probabilidade lógica de Cohen. Quando ela enfrenta os casos do "Collins" e "Sacco e Vanzetti", numa tentativa de comparar seu método com a abordagem estatística que deles fizeram, respectivamente, Finkelstein (et. al.). FINKELSTEIN, M. O.; FAIRLEY, W. B.. A Bayesian Approach to Identification Evidence. **Harvard Law Review**, v. 83.3, pp. 489-517, 1970. e KADANE, J.,; SCHUM, D. **A Probabilistic Analysis of the Sacco and Vanzetti Evidence**, New York: John Wiley and Sons, 1996. Haack, ao imaginar provas adicionais, nada mais faz que gerar desafios à prova disponível (e, consequentemente, gerar ou reforçar hipóteses alternativas): Confira-se, por exemplo, a abordagem feita ao caso Collins, *verbis*: "[…] todas las pruebas que tenemos son: P1: testigos oculares que identifican a los delincuentes como una mujer rubia e un hombre de raza negra con bigote y barba que huyeran en un coche amarillo; P2: las parejas que encajan en esta descripción son muy raras (una en *n*) en la población del área donde ocurrió el robo; P3: los Collins encajan en esta descripción.(...) Ahora imaginemos que tenemos algunas pruebas adicionales: P4: los testigos oculares no tienen problemas visuales, tienen buena visión; y no tiene razones para mentir, etcétera; P5: hay razones para creer que los delincuentes eran personas de la localidad. P6: los Collins no tiene ninguna coartada. P7: el comportamiento posterior de los Collins era evasivo etcétera." (Ibidem, p. 92-93). A teoria de Haack, ademais, termina apresentando duas dificuldades – lidar com questões não completamente superadas no percurso voltada a analisar cada uma das provas caminho e comparar o grau de confirmação obtido por cada uma delas com o standard, que comparativo exige a comparação das hipóteses em conflito. Isso fica muito claro opta por uma expressão ambígua: o aval é baixo por uma fórmula vaga, p. ex. "conclui-se que o aval é baixo".

[456] A adequação da probabilidade lógica ao sistema probatório brasileiro é confirmada por Leonard Shmitz, *verbis*: "a independência do raciocínio inferencial e probabilístico, em matéria de direito probatório, das teorias estatísticas de probabilidade, é uma conclusão da qual parecemos estar nos aproximando. Assim, mesmo se a probabilidade objetiva seja utilizada, temos disponíveis apenas dados a respeito de uma possibilidade hipotética. Nada fala sobre o caso concreto. E há uma distância considerável entre considerar que um fato tem grandes chances de ocorrer, e crer que tenha de fato ocorrido.638 É por este motivo que Charles Peirce conclui que nenhuma inferência indutiva em relação a um caso isolado tem qualquer ligação com a probabilidade. A validade probabilística pertence, diz o autor, às séries de inferências repetidas indefinidamente, e assim o juízo inferencial sobre um fato (sem referência à continuidade de fatos repetidos ao longo do tempo) não tem valor no campo da probabilidade.". SCHMITZ, Leonard. **Presunções judiciais:** raciocínio probatório por inferências. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2020, p. 196. No mesmo sentido, AUILO, Rafael. **A valoração judicial da prova no direito brasileiro.** Salvador: Juspodivm. 2021. p. 129 e ss.; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e Prova Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 227.

[457] AMAYA, Amalia. The explanationist revolution in evidence law. **The International Journal of Evidence & Proof**, vol. 23(1-2) 60–67. 2019.

se insere a **H**.[458]

Referidos desafios equivalem à verificação de prognoses, relacionadas àquilo que (jamais) se verificaria caso **H** fosse verdadeira[459]; referidas prognoses se baseiam em conhecimento de mundo relacionado ao contexto de **H** e outras informações concretas que foram possíveis admitir (por exemplo, porque não controvertida pelas partes, porque notórias etc.).

A ausência de resposta satisfatória a uma ou mais questões relevantes expõe aincompletude da prova e debilita a probabilidade de **H/E**, ou, dito de outro modo, os desafios que não forem (adequadamente) superados acarretam a corroboração da antítese de **H** (**¬H**),normalmente com o destaque de uma hipótese mais específica integrante (ou modal) desta (p.ex. $\neg H_1$), que apresente a capacidade de predizer (ou explicar) **E**.[460]

Assim, quanto mais desafios forem sendo superados satisfatoriamente, ou seja, quanto mais prognoses derivadas de **H** forem confirmadas, mais hipóteses concorrentes vão sendo eliminadas ou enfraquecidas e maior vai sendo a corroboração que **H**recebe de **E** e, consequentemente, a força de **H/E**.

Pois bem, isso demonstra que o raciocínio voltado a acessar/aferir a medida da probabilidade indutiva de uma dada hipótese considerado um dado conjunto probatório (**H/E**) reivindica um *exercício conjectural*, que, por sua vez, depende do conhecimento que o julgador tem sobre os contextos causais que envolvem **H**, além de sua criatividade.[461]

Daí porque muitos dos que se dedicam ao estudo da prova defendem não apenas a

---

[458] Nesse mesmo sentido, Anderson (et. al): "[…] the length and strength of this limb depends upon two things. First, the strong part of our inferential limb depends on how much credible evidence we have that is favorable to hypothesis H. Second, the weak part of our inferential limb depends on how many questions regarding the likeliness of any of our hypotheses remain unanswered by the evidence we have. Baconian probabilities take both of these matters into account. Answers to some of these unanswered questions may in fact be favorable to our chosen hypothesis H; but other answers may not be at all favorable to H. We cannot know which ones and how many will also be favorable until we ask the questions. The basic reason why we do not put a specific number on the right-hand end of the Baconian probability scale ... is that we ordinarily do not know how many tests of hypothesis H are possible. We can only list those unanswered questions that we have recognized." (…) "Cohen's system of Baconian probability is the only system that takes specific account of how completely the evidence we have covers matters recognized to be relevant in the testing of hypotheses we entertain... Cohen argues that in judging the probative force of evidence we cannot ignore how much evidence we have and how completely it covers questions relevant to matters at issue. ANDERSON, T.; SCHUM, D.; TWINING, W. **Analysis of Evidence**. Cambridge: Cambridge University Pressg, 2005, p. 258-259.

[459] Nesse sentido: FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba.** Madrid,2007, p. 131 e ss.; FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba sin convicción:** estándares de prueba y debido proceso. Madrid: Marcial Pons, 2021, p. 212 e ss.

[460] Aliás, nada impede que se desafie **E** com base em prognoses originadas a partir de hipóteses alternativas já levantadas pelas partes, por exemplo.

[461] PARDO, Michael S., and RONALD J. Allen. Juridical Proof and the Best Explanation. **Law and Philosophy**, v. 27, n. 3, pp. 223-268, 2008, p. 230.

adequação mais a necessidade de se recorrer ao que se convencionou chamar de *abdução*[462], também conhecida como a inferência para melhor explicação (*inference to best explanation*[463]), para viabilizar que se afira a corroboração que uma determinada prova (ou conjunto de provas) propicia a uma determinada hipótese.[464]

Badaró, ao contrário, defende que a abdução não pode representar o raciocínioprobatório utilizado pelo julgador na valoração da prova: "[...] isso porque o juiz valora asprovas para verificar se uma hipótese já definida como objeto do processo é verdadeira ou não, realizando, para isso, uma atividade indutiva[465]. Badaró acresce ainda que o raciocínio abdutivo implica a criação e escolha de uma hipótese para submetê-la a testes e

---

[462] 2.1. La abducción explicative: Es la forma más típica de la abducción, en todos los casos en los que a partir de ciertos efectos conocidos se formulan las hipótesis sobre sus causas no conocidas. Es el campo del razonamiento probatorio, en el que con base en las pruebas disponibles se busca una explicación causal de los eventos ocurridos. Pero es también el campo de la ciencia jurídica, cuando trata de formular hipótesis sobre por qué se consolidan ciertas praxis aplicativas y no otras. O el campo de la sociología jurídica, que a partir de ciertos comportamientos intenta inferir las normas que han seguido los sujetos considerados.". TUZET, Giovanni. Usos jurídicos de la abducción. AMADO, García J. A.; BONORINO, P. B. (ed.). **Prueba y razonamiento probatorio en Derecho**. Debates sobre abducción, pp.121-147, 2014, p. 126/127.

[463] Para Douglas Walton, abdução e inferência para melhor explicação denominam a mesma ideia: "Notice that in the wording in Peirce's description of abductive reasoning quoted just above, as well as in his description of the fossils example, Peirce used the word 'explain'. Abductive inference in the more recent literature is often equated

with inference to the best explanation. Harman (1965, 88–89) for example, wrote that inference to the best explanation "corresponds approximately to what others have called abduction". This pronouncement itself suggests that there have been differences of opinion on how to conceive abductive reasoning. One kind of case Harman (1965, 89) cited as a paradigm of abductive reasoning, however, is that of a detective who puts a mass of crime scene evidence and evidence about motives and other internal states together to arrive at the conclusion that the butler did it, in a murder case. In this chapter, we will take *abductive reasoning to be equivalent to inference to the best explanation.*". WALTON, Douglas. **Argument Evaluation and Evidence**. Cham: Springer International. Publishing AG, 2015, p. 13.

[464] Por exemplo: PARDO, Michael S., and RONALD J. Allen. Juridical Proof and the Best Explanation. **Law and Philosophy**, v. 27, n. 3, pp. 223-268. 2008.; AMAYA, Amalia. **Inference to the Best Legal Explanation** (April 22, 2007).; GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. **Quaestio facti** (ensayos sobre prueba causalidad y acción). Lima: Palestra Editores, 2005. No Brasil, podemos mencionar Humberto Ávila, para quem "o critério da variedade diz respeito à diversidade dos meios de prova, isto é, avalia se houve a consideração de meios de prova provenientes de diferentes fontes e examinados sob distintas perspectivas, especialmente para saber se eles são capazes de eliminar possíveis explicações alternativas para os fatos ocorridos. Tal critério corresponde à seguinte indagação, a ser respondida pelo julgador: são os meios de prova diversos o bastante para comprovar a hipótese alegada em detrimento de alternativas explicativas? Sua função principal é a de verificar se os meios de prova não foram parcialmente selecionados e se a amostra de casos representa alguns, poucos, muitos, a maioria, a grande maioria ou a totalidade daqueles ocorridos, no caso de inferência causal, e se serve de suporte razoável para a conclusão, no caso de inferência lógica (...)A hipótese deve preencher os critérios da refutabilidade (as provas não podem, direta ou indiretamente, contrariar a hipótese), da derivação (a hipótese principal deve estar concatenada com as hipóteses derivadas), da singularidade (as hipóteses explicativas alternativas devem ter sido afastadas), da coerência (deve haver compatibilidade da hipótese principal com o conhecimento geral) e da simplicidade (a hipótese principal deve poder ser comprovada sem a necessidade de um grande número de pressuposições). ÁVILA, Humberto. Teoria da prova: standards de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. **Revista de Processo**, vol. 282, p. 113-139, 2018. Também: SCARPARO, Eduardo. Inferência para melhor explicação (IME) e persuasão racional: ferramentas e critérios de adequada valoração probatória. **Revista de Processo**, vol. 300/2020, p. 49-72, 2020.

[465] BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e Prova Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 107.

quem formula a hipótese se comprometeria psicologicamente com ela: "trata-se de raciocínio muito útil e adequado para o investigador, mas inaplicável ao juiz".[466]

Leonard Schmitz argumenta no mesmo sentido de Badaró: "não é dado ao juiz decidir solitariamente, criando ele mesmo uma versão fática ou uma hipótese, sem que as partes possam contribuir para o debate (art. 10 do CPC). O julgador não pode — é o que defendemos nesse trabalho — sugerir hipóteses sem que as partes tenham oferecido", concluindo no sentido de que o raciocínio probatório judicial poderia "fundamentar-se apenas no que for levado ao processo pelos litigantes".[467]

Acrescenta, ainda, que o uso da abdução como guia para a valoração da prova jamais garantirá que, entre as premissas (hipóteses) selecionadas, estará a melhor possível, já que "o que interessa para abdução, do ponto de vista da coerência narrativa, é que as formulações de fato a respeito de uma presunção tenham sido consideradas, *de acordo com o material disponível nos autos e, especialmente, aquele oferecido pelas partes*" [468]. Conclui que a abdução envolveria necessariamente o abandono da ideia de verdade.[469]

Ravi Peixoto, por sua vez, compreende que a opção pela inferência para melhor explicação implicaria em um abandono completo do atomismo inerente à probabilidade lógico-indutiva, de Cohen[470].

Como se vê, as críticas situam-se em três planos: (*i*) a impossibilidade de o julgador trabalhar com a geração hipóteses, que seria atividade privativa da parte; (*ii*) a impossibilidade de a abdução fornecer garantias de que se trabalha, entre tantas, com a melhor hipótese possível; e (*iii*) a incompatibilidade da abdução (ou inferência para a melhor explicação) com a necessidade de uma abordagem analítica da prova.

Em relação a essa última, deve-se reconhecer que não é válida a identificação da Inferência para Melhor Explicação com uma busca de coerência entre estórias. Isso representa uma espécie de "versão" vinculada a uma concepção (preponderantemente) holística e coerentista da valoração da prova[471].

---

[466] Idem, p. 233.
[467] Ibidem, p. 117.
[468] SCHMITZ, Leonard. **Presunções judiciais:** raciocínio probatório por inferências. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 119.
[469] Idem, p. 120.
[470] PEIXOTO, Ravi. **Satandards probatórios no direito processual brasileiro.** São Paulo: Editora Juspodivm, 2021, p. 125.
[471] Amalia Amaya, embora veja a proximidade entre as ideias de abdução e inferência para melhor explicação, tem uma concepção mais complete desta, compreendendo uma abordagem holística, baseada na busca de uma coerência explicativa. "The main tenet of the theory of coherence defended in this book is that a belief about the facts under dispute or about what the law requires is justified if and only if it could be the outcome of epistemically responsible coherence-based reasoning, that is to say, if it is 'optimally coherent'. Coherence-

A inferência para melhor explicação, entretanto, deve ser vista, antes de tudo, como uma espécie de "movimentodo raciocínio", sentido que lhe iguala ao pensamento abdutivo. Douglas Walton, por exemplo, destaca que ela consiste num excelente esquema para combinar estórias/explanações com argumentos[472].

Aliás, a abdução mostra-se como uma abordagem igualmente adequada para a análise de uma proposição probatória complexa, integrada por diversas outras, até mesmo incompatíveis entre si, como para a análise de uma proposição simples, baseada numa única prova[473].

Pense-se, por exemplo, na valoração de uma prova de reconhecimento de pessoas ($\mathbf{E_1}$), incorporada ao processo através dos registros do respectivo ato realizado pelo investigador:declarações sobre o evento e sobre as características do agente da conduta criminosa e do atode reconhecimento em sentido estrito (o que foi indagado à testemunha, o que ela respondeu,imagem do line-up que se formou etc.). A aferição de sua força não poderia se dar sem que serecorresse à geração de desafios a $\mathbf{E_1}$, a partir da compreensão das relações causais queenvolvem a percepção, registro e recordação de um rosto por alguém. O bom julgador então desafiaria $\mathbf{E_1}$, conjecturando sobre, p. ex:

a) a possibilidade de, no momento, do evento, a testemunha não ter feito uma boa observação do rosto do agente da conduta, requerendo de $\mathbf{E_1}$, por exemplo a descrição de uma boa condição de observação, duração do evento, ausência de uma excessiva tensão, luminosidade, se o agente da conduta utilizava boné, óculos, capacete etc.);

b) a acuidade visual e de memória da testemunha, requerendo de $\mathbf{E_1}$ uma boa descrição do agente da conduta;

c) eventual sugestionamento da testemunha, requerendo de $\mathbf{E_1}$ a demonstração de um *line-up* justo, sem nenhuma desvantagem para o então suspeito do investigador etc.

Não há dúvida, com cada desafio, como o outro lado da moeda, surgirá uma hipótese

---

based reasoning is taken to be an explanatory kind of reasoning: legal decision-makers reach optimally coherent beliefs about the facts and the law by means of an inference to the best explanation. According to this theory, coherence (both factual and normative) is a matter of satisfying a number of positive and negative constraints and a standard of legal justification that is highly sensitive to contextual factors. Optimal coherence, ie coherence against the background of epistemically responsible action, results, on this view, in legal justification.". AMAYA, Amalia. **The Tapestry of Reason:** An Inquiry into the Nature of Coherence and Its Role in Legal Argument. Oxford: Bloomsbury Publishing. Edição do Kindle, 2015.

[472] WALTON, Douglas. **Argument Evaluation and Evidence.** Cham: Springer International Publishing AG. 2015, p. 36.

[473] Assim, Pardo e Allen: "[…] the process of inference to the best explanation itself best explains both the macro-structure of proof at trial and the microlevel issues regarding the value of particular items of evidence.". PARDO, Michael S., and RONALD J. Allen. Juridical Proof and the Best Explanation. **Law and Philosophy**, v. 27, n. 3, pp. 223-268, 2008, p. 227.

que, a depender do "comportamento" de $\mathbf{E_1}$, reforçará ou enfraquecerá $\mathbf{H_1}$ («o acusado é o autor da conduta»): p. ex., «a testemunha não fez boa observação do rosto do criminoso, que usava capacete»; «a testemunha não tem boa memória, que viabilizasse uma descrição minimamente razoável do agente da conduta»; ou «a testemunha foi sugestionada pelo investigador, que preparou um *line-up* que destacava o suspeito».

Outrossim, parece certo que não é o esquema de raciocínio que garantirá que a melhorhipótese (que explicaria cada aspecto da prova) foi efetivamente considerada; aliás, essa é umacaracterística da probabilidade lógica de Cohen, que "se livra" da responsabilidade peladeficiência na formulação e comparação das hipóteses candidatas à explicação de $\mathbf{E}$, já que apresenta seu resultado mediante a exposição ordenada daquelas consideradas.

O que garante a qualidade do raciocínio e consequentemente do resultado são as capacidades cognitivas do julgador — o conhecimento de mundo que este detém, suas atitudes e habilidades. Nesse sentido é que Carmen Vasquez, referindo-se à "plausibilidade relativa" —

teoria (descritiva) de Pardo e Allen, que daria conta de como o sistema de valoração da provaamericano opera na prática —, enumera três preocupações relevantes, que poderiam apontar adeficiência da dita teoria e/ou uma grande assimetria entre prática constatada e um ideal devaloração da prova: *i*) a atenção que se dá à qualidade epistemológica das provas valoradas; *ii*)a espécie de holismo na aferição do valor da prova como um todo; *iii*) o papel das capacidades cognitivas, atitudes, aptidão e saberes do julgador.[474]

Outrossim, vedar que o julgador, no momento da valoração da prova, gere hipóteses, ainda que circunscritas à "estória principal", candidata à explicação da prova como um todo, implica impedir a aferição do verdadeiro significado da prova, que por reclamar esse esforço voltado aos controles/desafios sobre à prova, ficaria na dependência da diligência e das virtudes dos advogados das partes.

Isso, no processo penal, se daria em detrimento dos interesses do acusado, porque o ônus do acusador deixaria de se submeter ao standard mais rigoroso e passaria a se submeter a um standard intermediário, o que fica bem claro a partir das formulações dos standards feitos por Jordi Ferrer:

> "*Estándar de prueba 1*) Para considerar probada una hipótesis sobre los hechos deben darse conjuntamente las siguientes condiciones: a) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las

[474] VÁZQUEZ, Carmen. Less probabilism and more about explanationism. **The International Journal of Evidence & Proof**, vol. 23(1-2) 68–74, 2019, p. 68.

> predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas y aportadas como pruebas al proceso; b) Deben haberse refutado *todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado/demandado o más beneficios as para él*, excluidas las meras hipótesis ad hoc.
> *Estándar de prueba 2*) Para considerar probada una hipótesis sobre los hechos deben darse conjuntamente las siguientes condiciones: a) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas y aportadas como pruebas al proceso. b) Debe haberse refutado *la hipótesis alternativa formulada por la defensa de la parte contraria, si es plausible, explicativa de los mismos datos y compatible con la inocencia del acusado/demandado o más beneficiosa para él*, salvo que se trate de una mera hipótesis ad hoc."[475](grifou-se).

Perceba-se que o standard 2 de Jordi, menos rigoroso, impede (ou ao menos dispensa) o julgador de comparar **H/E** com outra hipótese que não seja aquela trazida pela defesa.

Ao que parece, a defesa da impossibilidade de o juiz gerar hipótese/teorias explicativas da existência e do modo de ser de **E**, decorre: a) da ideia de que a abdução não representaria a inferência probatória, mas a indução[476]; e/ou b)de um estreitamento da ideia de "descoberta", que se relacionaria apenas à realidade empírica do passado sob reconstrução.

No entanto, mesmo se aborde a proposição probatória segundo um esquema indutivo, a aferição da sua força probatória demandaria a aferição da qualidade da garantia (**G**) que autorizaria a passagem de **E** para **H**, o que, como se verá mais adiante, reclama o mesmo"esforço conjectural", consistente na busca de generalizações concorrentes, o que termina equivalendo à geração de hipóteses, porque, ao contrário de **H**, unívoca e imutável, as hipóteses alternativas podem ser dotadas de elevada abstração[477].

Por outro lado, o «desconhecido», para o julgador, e que também precisa ser descoberto, é o significado da prova em termos de apoio à hipótese, o que, como visto, não pode ser tomado como algo óbvio, já descoberto, que levaria o julgador a uma decisão

---

[475] FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba sin convicción:** estándares de prueba y debido proceso. Madrid: Marcial Pons, 2021, p. 209.
[476] Assim: BADARÓ, *op. cit.,* p. 102.
[477] Nesse sentido vai Daniel Lagier, que entende como estéril a discussão sobre o que melhor representaria a maneira de raciocinar exigida do julgador, o que se deveria em uma confusão sobre os esquemas lógicos de justificação e os que representam o raciocínio heurístico. In verbis: *d) Abducción*: Cuando conocemos la regla y el resultado, podemos inferir el caso por medio de una abducción. En la abducción razonamos tratando de inferir un hecho particular a partir de otro hecho que conocemos y de una regla (universal o probabilística) que suponemos correcta. (…) ¿Qué tipo de argumento es la inferencia probatoria? Su conclusión ha de ser un enunciado sobre un hecho particular. … Algunos autores han sugerido que la abducción es la que mejor representa la manera de razonar del juez, pero quizá la discusión sobre cuál es la mejor forma de representar la inferencia probatoria sea estéril (y muchas veces basada en una confusión entre esquemas lógicos de justificación y esquemas que representan procesos mentales de razonamiento). Parece razonable pensar que todos estos esquemas de razonamiento pueden usarse, tanto en el proceso de descubrimiento de una nueva hipótesis, como en la justificación de la misma.". GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. **Quaestio facti** (ensayos sobre prueba causalidad y acción). Lima: Palestra Editores, 2005, p. 10-11.

simples: escolher se concorda, ou não, com o resultado proposto pela parte, fruto da abdução desta.

Aliás, se a abdução deve ser realizada pelo investigador e/ou acusador e, dela, decorre a qualidade do argumento probatório construído, como aferir se ele fez um mau raciocínio abdutivo, se não se puder retomá-lo desde o início, para verificar, por exemplo, se, por um desconhecimento de mundo e/ou por um pensamento enviesado, se deixou de considerar $\neg H_1$, que normalmente se dá no mesmo contexto de ***E** e, assim como **H**, também a explicaria ***E**?[478]

Bonorino Ramirez analisa um caso, que embora se refira a uma disputa no âmbito da justiça desportiva[479], poderia ser perfeitamente adaptado para a realidade processual brasileira.

Em uma disputa relacionada à aplicação de uma punição por doping: a entidade esportiva alega que o "réu" consumiu uma substância proibida — clembuterol — por dolo ou culpa, apresentando estudos que demonstravam que a detecção da quantidade achada na urina do réu só poderia ser explicada pela transfusão de sangue; donde conclui que o réu foi imprudente ao se submeter a uma transfusão (não relacionada a urgências e/ou a atos cirúrgicos). O réu diz que a evidência apresentada (os resultados de teste na sua urina) não é suficiente para fazer prevalecer a hipótese autoral, na medida em que também haveria estudos que apontam que referido achado (quantidade declembuterol na sua urina) também é explicado pelo consumo de carne contaminada.

---

[478] O questionamento é de Bonorino Ramirez, que defende a abdução como método essencial à valoração da prova: "La relevancia de la abducción para comprender la actividad probatoria en el derecho no pasa por ofrecer criterios de corrección en el plano de los argumentos que se utilizan para conectar las evidencias con las afirmaciones jurídicamente relevantes. La abducción, entendida como el procedimiento capaz de generar nuevo conocimiento a través de la formulación y evaluación de conjeturas, es un procedimiento inferencial, no un tipo de inferencia. La actividad probatoria es amplia y compleja, e incluye momentos discursivos –los más importantes son los de tipo argumentativo–. Entre ellos resaltan el momento de decidir sobre la verdad o falsedad de las hipótesis fácticas y el momento de justificar esa decisión. Al justificarla el juez construye "argumentos probatorios" que se pueden controlar lógicamente según su naturaleza (deductiva o inductiva). La pregunta es si en la actividad de valorar las pruebas el juez puede hacer algo más que controlar los argumentos probatorios que le proponen las partes y el cumplimiento de las normas procesales en la incorporación de las evidencias. La hipótesis que defiendo en esta ponencia es que sí, ya que también podría controlar el procedimiento abductivo que se desarrolló durante el proceso (llegando incluso en su escrutinio a las fases pre-procesales). Tener criterios racionales para valorar este procedimiento es importante, porque la evaluación de las abducciones –propias y de las partes– puede ser un factor que aporte un elemento independiente de la evaluación de los argumentos probatorios y del control del ingreso de la información al proceso. BONORINO RAMÍREZ, Pablo R. Abducción y procedimiento probatorio. In: RAMÍREZ, Pablo Bonorino R (ed.). **Abducción, prueba y género em la argumentación judicial**, pp. 9-18, Bubok Editorial, 2014, p. 9. "La etapa de la justificación (discursiva y argumentativa) forma parte del procedimiento abductivo. Si no se pueden encontrar buenas razones (acordes con las exigencias del contexto del que se trate) esa puede ser una buena razón para reconsiderar la conjetura que llevó hasta ahí y cambiarla/ajustarla/abandonarla. Idem, p. 11.

[479] Ibidem, p. 13 e ss.

O julgador, ao analisar a prova, definiu que a hipótese da autora não é uma boa explicação para a evidência, embora preponderasse sobre a do réu, porquanto, devido à intensa fiscalização que as autoridades sanitárias espanholas realizam na comercialização de carne bovina, seria mesmo improvável que o réu, atleta de elite, submetido a alimentação controlada, tivesse consumido uma carne contaminada. A baixa capacidade explicativa a hipótese alegada pela entidade esportiva foi, todavia, revelada justamente pela consideração de uma terceira hipótese: o consumo de suplementos vitamínicos (permitidos embora) contaminados. De fato, se se sabe que circula no mercado oficial espanhol determinados suplementos vitamínicos que apresentam alguma contaminação por clembuterol, cujo consumo é compatível com os níveis encontrados na urina do réu, esta parece ser uma explicação muito melhor que a da transfusão de sangue[480].

Referido caso, assim, tem a aptidão para revelar uma situação em que o verdadeiro valor da prova depende desse "exercício conjectural" e que a coarctação dele representa um enfraquecimento da função epistêmica do processo.

Definir se, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, o julgador está confinado à comparação de duas hipóteses, mesmo quando enxerga sua baixa capacidade explicativa, é outra questão, que dependeria de uma escolha do legislador, o que, conforme o que se defendeu no item (II.2.1), não ocorreu nem em relação ao processo civil[481].

Por outro lado, eventual violação do artigo 10 do CPC decorrente da postura no julgador desse caso, por surpreender as partes com um "novo fundamento", dependeria

---

[480] "La justificación del fallo arbitral consistió en establecer cuál de las tres hipótesis debía considerarse la mejor explicación en esta caso. Reconstruyendo este procedimiento podemos echar luz sobre la naturaleza del procedimiento abductivo. El TAD resolvió examinando las evidencia a favor y en contra para cada uno de los posibles escenarios planteados por el atleta y los apelantes, y luego realizó un juicio comparativo para justificar cuál de las tres hipótesis debía considerarse la más plausible. Llegó a la conclusión de que tanto la hipótesis de la carne contaminada como la de la transfusión de sangre eran posibles explicaciones para el hallazgo de sustancias prohibidas en el cuerpo de Contador, pero que ambas resultaban igualmente improbables. Para el TAD la tercera hipótesis, la que atribuía la presencia de sustancias prohibidas en la orina de Contador a la utilización de suplementos alimenticios contaminados, no sólo era posible sino que también era la más probable de las tres. El TAD evitó el "anclaje" en las dos hipótesis a las que se aferraban las dos posiciones en pugna, planteando y evaluando una tercera hipótesis que no había recibido una gran atención hasta el momento. Al ser consciente que se trataba de un procedimiento abductivo, el órgano juzgador no se sintió obligado sólo a evaluar los argumento producidos por los actores procesales, sino que fue capaz de introducir una hipótesis novedosa. Este movimiento inferencial le permitió llegar a una sentencia que satisfizo a ambas partes: los organismos internacionales consiguieron que la sanción a Contador fuera efectiva, mientras que competición" (Ibidem, p. 17).

[481] Pardo e Allen, referindo-se ao Direito norte-americano, registram que os julgadores podem gerar hipóteses alternativas na valoração da prova penal. *verbis*: "fact-finders are not limited to the potential explanations explicitly put forward by the parties, but may construct their own, either in deliberation by suggesting them to fellow jurors or for themselves in reaching the conclusions they accept Issues get more complicated, and controversial, at the second stage. In civil cases where the burden of persuasion is a pre ponderance of the evidence, proof depends on whether the best explanation of the evidence favors the plaintiff or the defendant. PARDO, Michael S.; ALLEN, Ronald J.. Juridical Proof and the Best Explanation.**Law and Philosophy**, v. 27, n. 3, pp. 223-268, 2008, p. 235.

apenas de se saber se o conhecimento de mundo que embasou a hipótese idealizada pelo julgador é, ou não, (presumidamente) conhecido pelas partes, enquanto a geração da hipótese, na realidade, não passou de um "movimento do pensamento" e/ou uma determinada forma de expressar uma justificativa, que, como dito há pouco, equivale à geração de uma generalização ou garantia concorrente[482].

Por fim, vale registrar que a abdução (ou a IME) guia o raciocínio probatório inclusive sob um standard mais rigoroso, como o ADR, hipótese em que se converte desde logo em um guia para exclusão de hipóteses[483], com o que se absorveria a crítica de Badaró[484].

A crítica de Lagier[485], no sentido de que essa ideia de exclusão de hipóteses seriaingênua, porque a inferência será sempre indutiva e portanto, nunca autorizará uma conclusãotudo-nada, deve ser absorvida da mesma forma como se vem absorvendo os demais argumentos céticos: como uma recomendação de cautela redobrada ao se decretar a exclusão de uma hipótese qualquer que favoreça a defesa.

3.3.1.4 A aferição da força probatória se esgotaria na fixação da probabilidade lógica? O pensamento de Alex Stein

Alex Stein defende que a valoração da prova não poderia se dar apenas com base em razões de natureza epistêmica[486]; daí, absorve a distinção feita por Keynes entre probabilidade

---

[482] O que será analisado mais adiante (II.4).

[483] "In criminal cases, rather than inferring the best explanation from the potential ones, factfinders infer (and should infer) the defendant's innocence whenever there is a sufficiently plausible explanation of the evidence consistent with innocence (and ought to convict when there is no plausible explanation consistent with innocence, assuming there is a plausible explanation consistent with guilt). When there is a plausible explanation of the evidence consistent with innocence, then there is a concomitant likelihood that this explanation is correct (the actual explanation) and thus that the defendant is innocent, which in turn creates a reasonable doubt (and thus should prevent the fact-finder from inferring guilt)." PARDO, Michael S.; ALLEN, Ronald J.. Juridical Proof and the Best Explanation. **Law and Philosophy**, v. 27, n. 3, pp. 223-268, 2008, p. 238/239.

[484] Para Badaró, "[...] não sendo o objetivo analisar a valoração da prova no processo civil, mas propor um modelo racional de valoração da prova para o processo penal, para que a *Inference to Best Explanation*, ela teria que ser integrada como um corretivo de reforço a ser adotado no plano do standard de prova. Não deveria ser escolhida a explicação que fosse somente a "melhor", mas, para usar um trocadilho, "a melhor (...) além de qualquer dúvida razoável. Isso, contudo, desnatura a essência da teoria". BADARÓ, *op. cit.,* p. 234-235.

[485] GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba. **Revista Telemática de Filosofía del Derecho**, 23: 79-97, 2020, p. 94

[486] "Referring to all decisional parameters that ought to be accounted for in judicial determination of judicial weight, this question is crucial for testint the validity of the assumption of separation. This essentially normative issue cannot be settled by a simple plain-fact description of judicial practice. It would not be enough to attest descriptively: 'judicial determination of weight is a purely epistemic task because judges habitually discharge it without resorting to reasoning other the empirical'. To determine evidential weight without accountin for all factors that nesse to be accounted for, is to embark upon flawed and thus inherently unjustifiable reasonig. By indicating that evidencial weight can justifiably be determined under is umbrela, the assumption of separation

e peso (*weight*), para tentar demonstrar a inaptidão da probabilidade lógica para esgotar a expressãoda força probatória[487].

---

displays commitment to some underlying normative theory. An attempt of unfold and examine this theory will now be made." STEIN, *op. cit.,* p. 298.

[487] "[...] the supporters of free proof have, in fact, equated the concept of 'weight' with that of 'probability', an equation wich can also be found in judicial rhetoric. According to this view, evidence will be regarded as weighty (or as 'probative value') when it increases or decreases the probability of at least one of the facts at issue. The more probabilifying is the evidence, the more weight it will carry; this is na observation that aplies in relation to both individual items and the totality of evidence admitted at the trial. In making theier final decision, judges thus have to compare the probalilifying effect of evidence in its entirety against the probability theresshold set by controlling standard of proof. (c) 'Probability' is not 'weight': This perception of 'weight' as probability' is faulty, both conceptually and a matter of substance. 'Probability' (on any of its conflicting accounts) is not 'weight'. To equate 'weight' with 'probability' is to obliterate, without warrant, one of the central parameters that determine the cogency of reasonig in conditions of uncertainty. Probability, at its broadest, is a property representing the degree of particular confirmation, as supplied by E (= the available evidence) to H (= the hypothesis to be proved by E). This degree of confirmation is determined by na argument that provides na extension to some particular feature (F) common to a set of particular data (S), by associating this feature with a previously unexamined S-like case. Such na extension can be constructed in several ways, roughly divided into 'frequentist', 'personalist', and 'inductivist'. (...) The inductvist probability framework, know as 'Baconian' is logically distinct from above-mentioned 'Pascalian' frameworks. As explicated by Jonathan Cohen, 'Baconian probability-functions ... deserve a place alongside Pascalian ones i any comprehensive theory of non-demonstrative inference, since Pascalian functions grade Probabilification on the assumption that all relevant facts are specified in the evidence, while Baconian ones grade it by the extent to which all relevant facts are specified in the evidence'. Pascalian probability judgements are based upon calculus of chance. Inductivist probability judgements decline to follow this aleatory reasoning. Instead, they engage in appraisal of the amount of evidence that supports and tends do falsify the examined hypothesis. (...) Informed by both logic and experience, inductivist probability judgements may be reached by analyzing individual inferences, by holistically comparing between undecided accounts of events ('stories') our both. (...) By using the intensity of evidential support as an exclusive criterion for making probality judgments the inductivist (Baconia) framework of reasoning treats 'probability' as 'weight'. This conflation eradicates the 'probability' dimension, a pivotal factor for appraising the cogency of uncertain reasoning in many cases. It cannot be accepted in judicial fact-finding (and in some other areas of practical reasoning). A low-weight probability may, for instance, be regardes as sufficient and thus acted upon in most civil trials. In a trial where a great deal of potentially probative evidence is unavailable, probability that supports one of the parties more than her opponent may (and normally would) justify a verdict in favor of that party. Low weight would normally not be sufficient in order to find a criminal defendant guilty, even when the probability of his guilt, conditionalized upon the existing information, is relatively high. Yet, to require 'full evidential weight' (i. e., a complete certainty) in order to convict, is to insist upon the unattainable. If so, what should be the minimal-weight threshold for convictions? This difficult question will be dealt with later. Regardless of how we answer it, is is clear that probability of guilt will have to be determined independently of evidencial weight. Not affecting the probability of case, the later will have only to satisfy the threshold requirement for convictions. The significance of the weigh / probability distinction should now become transparent. To further stress this point, I shall now turn to more tangible legal examples.". STEIN, Alex. The Refoundation of Evidence Law. **Canadian Journal of Law & Jurisprudence**, 9(2), 279-342, 1996, p. 299-304. "Evidential weight should accordingly be understood as a function of reasons that can be brought in support of the relevant transforming arguments. Always going beyond the assertive contents of single evidencial source, such reasons rely upon numerous sources of evidence, including general experience. Determination of evidential weight would thus Always entail a great deal of complexity, further intensified by the existing trial conditions. (...) First, judicial fact-finding is a species of practical reasoning. Any substantive law doctrine, taken as addressed to decision-makers, prescribes ... Judicial determination of facts cannot thus be perceived as a pursuit of the truth for its own sake. Judges have to make decisions which either modify the existing state of affairs or immunize it from attempted changes by way of confirmation. Adjudication is ultimately concerned with application of the coercive power would either be prescribed or not. Adjudication can therefore never be halted in indecision.". Idem, p. p. 308-309. "[...] when judges conditionalize their decision solely on the existence evidence – and thus knowingly fail to account for the unrealized forensic possibilities – their decision would be lacking epistemic justification. It can be premised only upon moral principle holding that deciciency of the informational bae is not a problem that belongs peculiarly to too ne the parties and it should nor therefore work against the party by benefiting her opponent. Consequently, risk of error attendant upon

Para Keynes, a *força probatória* deveria corresponder à qualidade do «aval conferido pela prova a uma dada hipótese», enquanto a ideia de *probabilidade*estaria ligada às qualidades dessa «hipótese após esse aval»: aquela equivaleria à segurança da conclusão, conferida pela soma das razões apoiadas nas provas e assumidas pelo analista; esta, ao contrário, seria dada pela diferença entre as razões que lhe são favoráveis e que lhe são contrárias.

Afirmar que uma prova é forte pressuporia, assim, comparar a prova disponível com a prova ideal, ou, mais especificamente, comparar o que veio de informação para a consideração do analista e o que não veio (e deveria ter vindo ou normalmente deveria ter vindo). A força, pois, seria dada por um balanço entre conhecimento e ignorância[488].

Como se vê, Keynes faz essa distinção, porque considera a probabilidade como um atributo (exclusivo) da hipótese, compreendendo-a como uma espécie de plausibilidade ou factibilidade, algo como uma probabilidade estatística (*naked statistics*) só que sem números. Assim, coloca sua ideia de força para referir-se à espessura do suporte fornecido pela prova. Não há erro nessa abordagem — aliás, parece-nos que se está dizendo a mesma coisa com outras palavras. É que, como se disse acima (item II.3.1), a ideia de força refere-se ao todo, à proposição que conjuga os três elementos.

Keynes não está errado quando busca uma diferença conceitual para as duas ideias. Mas Cohen também a fez e deixa claro que a "sua" probabilidade lógica abrange a medida do apoio conferido pela prova, captando, pois, o déficit entre o que deveria ter sido apresentado e

---

making probability evaluations under this deficiency would be shared by both the plaintiff and the defendant in a roughly equal fashion. Based upon morality, the controlling principle promulgated by this approach would accordingly qualify as na externally imposed regulation. If so this approach would, in fact, support my thesis rather than run against it. As will be explained later, the demands of equality in risk-allocation would not always be satisfied by simple-minded conditionalization of the judgment upon the existing evidence. For example, when lack of important information results from one of the parties' fault, to let the risk of error fall 'as it happens to fall', instead of shifting it to its oridinator, would not maintain the equality. In the same vein, when one of the parties has greater control over the flow of information into the courtroom, this inequality would have to be rectified prior to conditionalizing the judgment on the existing evidence. These and comparable cases would therefore require regulation that would not be conditionalized on the evidence 'as is'". Idem, p. 316.

[488] "The magnitude of the probability of an argument, in the sense discussed in III., depends upon a balance between what may be termed the favorable and the unfavorable evidence; a new piece of evidence which leaves this balance unchanged, also leaves the probability of the argument unchanged. But it seems that there may be another respect in which some kind of quantitative comparison between arguments is possible. This comparison turns upon a balance, not between the favorable and the unfavorable evidence, but between the absolute amounts of relevant knowledge and of relevant ignorance respectively. As the relevant evidence at our disposal increases, the magnitude of the probability of the argument may either decrease or increase, according as the new knowledge strengthens the unfavorable or the favorable evidence; but something seems to have increased in either case, --we have a more substantial basis upon which to rest our conclusion. I express this by saying that an accession of new evidence increases the weight of an argument. New evidence will sometimes decrease the probability of an argument, but it will always increase its ` weight.". KEYNES, John Maynard. **A Treatise on Probability**. Omaha: Newtonian Publishing, 2019, p. 78.

o que efetivamente se apresentou; ou seja, a probabilidade lógica (de Cohen) *não é revelada pela diferença entre as razões que lhe são favoráveis e que lhe são contrárias, mas pelo confronto entre as razões que lhe são favoráveis e as razões que lhe são contrárias somadas àquelas que se sabe não restaram conhecidas*[489].

Parece claro que o mencionado déficit é captado justamente pelo que se chamou de «perguntas não respondidas», reveladoras da incompletude da prova (vide figura da p. 186). Aliás, o próprio Cohen esclarece que sua ideia de probabilidade absorvea ideia de peso (*weight*) de Keynes:

> §11. The grading of probabilities by evidential weight:
> *A probability that is analogous to demonstrability in an incomplete system has much in common with what Keynes long ago referred to as the 'weight' of evidence.*(...) Keynes did not feel sure, so he said, that the theory of what he called evidential weight had much practical significance. But perhaps that was because he seems to have envisaged it wrongly, like Peirce before him, *as a mere auxiliary to the theory of mathematical probability*, and not as an *independent criterion of probability in its own right*. Correspondingly the measures developed by statisticians for grappling, in effect, with what Keynes took to be the problem of evidential weight — measures like Fisher's significance levels or Neyman's confidence intervals are designed to operate on, or make statements about, estimates of statistical magnitudes like mathematical probabilities. *They do not constitute criteria for the inferability of B from A that judge by nothing but the relevant 'weight' of A.*"[490](grifou-se)

No modelo de Cohen, a incapacidade de a evidência fornecer respostas das quais dependem a aceitação ou rejeição de hipóteses concorrentes, uma vez captadas pelo julgador, repercutirá na medida da probabilidade lógica da proposição e portanto, da força probatória.

Dessa forma, adere-se à ideia de que a probabilidade lógica, como atributo da proposição «**H** dada **E**», necessariamente já absorve ou já reflete a qualidade do suporte ou aval fornecido por **E** a **H**, revelada pela comparação entre o conhecimento, que **E** propicia, e a ignorância, que não consegue afastar. Aí, conhecimento e ignorância relacionam-se tanto à confiabilidade da prova quanto ao quão determinante é a evidência (e/ou o indício) para a admissão de **H** como verdadeira.[491]

---

[489] É, aliás, nisso que supera a probabilidade estatística, que trata substitui o desconhecido à alea.
[490] COHEN, L. Jonathan. **The Probable and the provable**. Clarendon Press, 1977, p. 36.
[491] Também no sentido de que a a probabilidade lógica abrange a ideia de completude da prova, Marina Gascón, para quem: "Quizá la virtud principal del modelo de COHEN sea haber destacado explícitamente la importancia que tiene, en cualquier forma de razonamiento inductivo pero en particular en el judicial, que las pruebas presentadas para fundar la probabilidad de una hipótesis proporcionen una imagen suficientemente «completa» de los hechos en cuestión. En otras palabras, aunque los estándares de convicción incluyen un «componente de probabilidad» (que acaso pueda ser concebido en términos bayesianos) exigen también un «componente de completud»: la insuficiencia de información sobre los hechos debería evitar asignar una alta probabilidad a la hipótesis sobre los mismos, porque la información de que no se dispone podría, si se dispusiera de ella, negar la hipótesis.". GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos en el derecho:** bases argumentales de la prueba.

Perceba-se que o esquema de raciocínio de Cohen aplicado à valoração da prova judicial já pressupõe, como virtude de um dado elemento de prova, a sua capacidade de afastar ou enfraquecer hipóteses/teorias que concorrem com a *probanda* à condição de causa de **E**; quanto mais conseguir estreitar o leque de opções que consigam explicá-la, mais completa ou mais forte será a prova.

Dito de outro modo, uma elevada probabilidade lógica, capaz de superar um standard de suficiência mais rigoroso, depende necessariamente da capacidade da prova para excluir/enfraquecer hipóteses concorrentes; e o esquema lógico de Cohen, como se vê, apresenta essa aptidão, porque já incorpora a ideia de complementaridade da negativa, permitindo que se trabalhe com toda dimensão de **¬H**, não se cuidando de uma moldura para mera comparação de hipóteses explicativas individualizadas, duas a duas[492].

Assim, para haver sentido na admissão de que uma determinada prova poderia elevar a probabilidade da proposição probatória e fazê-la superar o *standard* de suficiência e, ainda assim, ser considerada uma prova fraca ou incompleta, ter-se-ia que recorrer a um critério diverso do teleológico — incremento da probabilidade ou das chances de correspondência com a verdade —e, mais, ter-se-ia que pensar numa utilidade da aferição da "espessura do suporte", donde sobressai a necessidade de se definir normativamente outro piso (valor mínimo) para essa "grandeza" que não se confundiria com a probabilidade lógica.

Deve-se considerar, todavia, que, uma vez definido o conceito de prova, tomando-o como requisito para a passagem do conhecido (evidências) para o desconhecido (evento que remanesceu no passado), por meio de especulação racional, desaparece o sentido na verificação de uma espécie de espessura mínima para esse suporte (**E**), capaz de impedir a admissão de **H**, mesmo que se tenha atingido o standard exigido.

Ademais, essa qualidade mínima da prova (**E**), abstraída da proposição em que se insere, equivaleria a uma espécie de «prova legal negativa», carecendo, portanto, de uma intervenção do legislador, que só estaria legitimado diante da necessidade de proteger um valor de outra natureza*, uma vez que se reconheceu que o standard já define as exigências*

Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 157. Anderson (et. al) também defende o mesmo: "In a Baconian view of probabilistic reasoning the weight of evidence depends in large part on how many questions there are that remain unanswered by the evidence we have. In short, the Baconian weight of evidence is related to how complete has been the coverage of evidence on matters recognized to be relevant in the inference at hand.". ANDERSON, T.; SCHUM, D.; TWINING, W. **Analysis of Evidence.** Cambridge: Cambridge University Pressg, 2005, p. 258.

[492] É que, como se viu, a força do argumento/proposição é dada justamente pelos três componentes – pela evidência (suas condições intrínsecas), pela *probanda* (sua plausibilidade ou verossimilhança) e pela "norma acreditadora". Uma mesma evidência pode dar ensejo a um argumento fraco se a depender da probanda: se está for inverossímil/implausível ou mesmo não tiver uma associação forte com a Evidência. Daí seria possível afirmar que uma prova fraca (parcial) poderia resultar numa alta probabilidade? Não. A medida da probabilidade resultante teria também interferência da força da prova, não há como dissociar as ideias.

epistêmicas do Sistema.

Alex Stein argumenta que uma alta probabilidade (mesmo) lógica não seria suficiente para sua admissão da *probanda*, dependendo esta, também, de uma boa espessura do suporte. O peso do suporte, para Stein, seria dado pela comparação das provas apresentadas com a prova ideal, ou seja, com aquilo que *deveria* ter sido apresentado, o que terminaria servindo como uma espécie de guia ético para a responsabilização, pela deficiência do conjunto probatório, daquele que teria o ônus de provar (da melhor forma)[493].

Stein dá como exemplo de uma probabilidade satisfatória e de um suporte fraco aquele do caixa do rodeio (*the gatecrasher paradox*), que abordamos no item II.1.1, mas que conseguimos superá-lo com a aplicação do princípio da necessidade da prova. Ou seja, ali não se tratou propriamente de suporte fraco, mas de ausência de suporte que legitimasse a passagem do fato conhecido (e não controvertido) — que o demandado fazia parte de um dado conjunto (1000) subdividido em dois conjuntos desiguais (950 e 50) — para o fato que se quer conhecer — que o demandado integrava o subgrupo maior —; nesse caso, para além dessa maior probabilidade estatística não poder impactar, com força equivalente à sua razão numérica, a aceitabilidade sobre se um específico indivíduo pagou ou não o ingresso (justamente porque o pagamento ou não pagamento não é algo aleatório, mas sobretudo causal), forçoso o reconhecimento que não foi apresentada absolutamente nenhuma prova voltada a distinguir a situação do ré daqueles que efetivamente pagaram.

Reconhece-se, todavia, que não é fácil demonstrar a (in)compatibilidade da proposta de Stein com o nosso Sistema normativo; daí, porque se recorre a outro exemplo.

Imagina-se a hipótese **H**— "José guardava consigo 45 papelotes de cocaína e 300 reais em notas de 2, 5 e 10 reais, quando foi preso em flagrante na praça central da cidade X" — esteja sob disputa. A prova incorporada ao processo penal respectivo —**E**— consistiu-se dos testemunhos dos três policiais militares que abordaram José, submeteram-no a uma revista pessoal e conduziram-no preso à Delegacia.

A aferição da força probatória, seguindo o modelo de probabilidade lógica, passaria pela aferição do grau de confiabilidade das fontes de prova — já que a narrativa fornecida pelas evidências correspondeu integralmente à *probanda* penúltima (autoria). Mais: a aferição do grau de confiabilidade da fonte da prova dependeria (quase que) exclusivamente da aferição do critério honestidade, já que, dadas peculiaridades dos testemunhos, restou completamente afastada a possibilidade de os policiais terem se enganado: capturando a

---

[493] "The best evidence principle requires each party to a civil or criminal litigation to produce the best evidence available. STEIN, Alex. **Foundations of Evidence Law**. Oxford: Oxford University Press: 2005. p. 39 e ss.

pessoa errada ou atribuindo, por erro, a posse do material a outrem.

O julgador, aí, prudente, atento e treinado, presencia as declarações das testemunhas-policiais, que foram submetidas a perguntas abertas, não sugestivas, além de devidamente testados mediante exame cruzado, pelo bom defensor público, nada sobressaindo de concreto que pudesse indiciar alguma deterioração da memória delas, que demonstraram lembrar bem do caso, mesmo porque ocorrido menos de um mês antes do ato judicial.

Também, além de não encontrar razão concreta para duvidar da honestidade das testemunhas — ou seja, para considerar que haviam forjado o flagrante — o julgador deparou-se com razões que enfraqueciam(ou não robusteciam) tal hipótese concorrente: *i*) não havia qualquer mácula no histórico dos policiais; *ii*) não houve sequer alegação de inimizade entre José e qualquer das três testemunhas; *iii*) não houve incompatibilidade entre os depoimentos das testemunhas, muito menos uma "compatibilidade" incomum, que suscitasse desconfianças sobre um prévio acerto de versões; *iv*) as três testemunhas não se conheciam antes do dia da abordagem a José, sendo aquele o primeiro e único dia que atuaram em conjunto; *v*) a ausência de outras testemunhas e de outros registros (filmagem ou fotografias de toda a operação) mostravam-se normais à espécie, já que o local onde teria se dado a abordagem era frequentado por quem comprava e vendia drogas e não se tratava de uma atividade de investigação, mas de polícia de segurança; *vi*) a ausência de câmera de monitoramento no uniforme dos policiais não abala a honestidade dos mesmos, já que referido equipamento ainda não havia sido adquirido por sua corporação.

Enfim, nesse caso concreto, a moldura da probabilidade lógica permitiria ao Juiz chegar à seguinte conclusão: a honestidade da fonte da prova é maior que a honestidade do policial militar médio da região (porsobreviver a uma série de testes), não fornecendo uma resposta do tipo "a confiabilidade dessa fonte permite se estabeleça a narrativa respectiva e se siga com o raciocínio probatório, com uma tendência a confirmar-se caso não seja refutada ou com uma tendência a ser desconsiderada, caso não seja confirmada por outro elemento de prova ...". A conclusão que se pode chegar é algo como: essa prova foi racionalmente valorada e não foram encontradas fragilidades que indicassem um risco concreto de uma falsa memória ($\neg H_1$) ou de uma fraude do relato ($\neg H_2$), de sorte que as hipóteses concorrentes ou foram descartadas ou não chegam a configurar a "fundada dúvida".

Para Stein, faltaria, ainda, uma comparação do que foi apresentado no caso concreto com um ideal de prova para o caso que se poderia exigir do Estado-acusação num processo penal democrático, o que reclamaria posicionamento ético-moral sobre o que *deveria* apresentar a acusação nesses casos para reforçar a espessura da prova (já que a prova aportada

foi exclusivamente testemunhal e originada de agentes da segurança pública): vídeos, outras testemunhas etc?[494] Isso se justificaria por razões ligadas à segurança e à controlabilidade da prova, que, sozinhas deveriam atingir um *standard*de outra ordem, voltado a assegurar que não apenas se superou aquele risco mínimo de erro abstratamente considerado e associado ao standard respectivo, mas também se superou o nível de risco que seria justo submeter o indivíduo consideradas as peculiaridades do caso.

A ideia de Stein, assim, não parece contrariar a ideia de probabilidade lógica como forma de expressão da força probatória, parece muito mais a defesa de um standard de natureza ética que deveria se agregar a ela, de sorte que nada impediria que se seguisse confiando na ideia que se faz necessária uma prova, que ainda que não tivesse que respeitar uma espessura mínima idealizada, possa fornecer o apoio que a *probanda* necessita, sem excluir a possibilidade de que, para determinadas situações, seja fixada uma espessura mínima mediante a interferência do legislador[495], o que poderia se operaria mediante uma «exigência

---

[494] Registre-se que a ausência de uma dada prova, que seria normal à espécie, ou seja, que estaria normalmente associada à *probanda* e/ou à prova apresentada, é sem dúvidas fator que interfere tanto na aferição da qualidade da evidência apresentada (ou espessura/força do suporte) – "como existia x e não existia y?" – , como na probabilidade da proposição probatória(**H** dado **E**), já que a carência/ausência gerará uma questão relevante cuja ausência de resposta robustecerá a respectiva hipótese concorrente.

[495] O que parece necessário para evitar o voluntarismo do julgador, que definiria com base na ideia de "fair trial" que ele próprio definiria. Nesse ponto, Stein pensa que é possível confiar ao julgador a concretização dessa ideia de ônus da melhor prova. Confira-se: "Determination of evidencial weight – or, more accurately, judicial ascription of cogency to transforming arguments – would thus always be intertwined with risk-allocation. As such, it would have to be justified not merely on epistemic, but also on moral and political grounds. (...) We therefore needs legal criteria that would determine which party is in the right. By allowing judges to execute their private risk-related preferences and also by authorizing them to devise these preferences both tacity and ad hoc. Freedom of Proof cannot satisfy this basic need. (...) This regulation may operate in three key fashions. First, given that judicial inquiries are bound to be hedged, inquiries that involve unacceptable risks may not allowed ab initio. This prohibition can be implemented by excluding evidence which gives rise to an unacceptably risky inquiry. Second, the inevitability of hedging makes some judicial inquiries unacceptably risky in comparison with inquiries otherwise directed to the same end. When the favored inquiries are available, evidence opening them up becomes preemptive and thus takes priority over evidence leading to judicial inquiries that unacceptably risky. Evidence marked as inferior would accordingly be excluded; also, when one of litigants is responsible for thwarting a favored inquiry, inferences adversely affecting him may ne prescribed and thus preempt other inferences. Third, in some cases, no hedging may be allowed until the existence or the non-existence of some specified information is adequately ascertained. Determination of facts not preceded by such an inquiry may also be considered as unacceptable risky. This risk-allocating strategy may follow two distinct directions that can be perceived as 'quantitative' a 'qualitative'. By assuming the former direction, this strategy may produce different corroboration requirements for specified kinds of cases. By following the later direction, it may establish more demanding specificity standards for informational bases upon which judicial evaluations of relevant probabilities will be conditionalized." (...) p. 321: "This weight-controlling regulation of fact-finding should work together with the probability-controlling regulation, as exhibited by the existing standards of proof. (...) They will be elicited from the probability-controlling and finding-controlling arrangements which characterize the Anglo-American systems of evidence." (...)Apart from establishing harmony between evidentiary rules, this discussion will further strength the extension thesis, i. e., the idea that judicial determination of weight should be controlled by the same risk-allocating preferences that underlie the settled law. In a legal system committed to the coherence principle, which demands that like cases be treated alike, judges would have to apply this extension as a matter of law" STEIN, Alex. The Refoundation of Evidence Law. **Canadian Journal of Law & Jurisprudence**, 9(2), 279-342, 1996, p. 299 -304.

de reforço» (*corroboration requirement*), como o artigo 155 do Código de Processo Penal.

Assim, supera-se aqui a tese de Stein, porque a ideia de necessidade de verificação de uma qualidade mínima para a prova (mediante um balanço entre prova apresentada e prova que deveria ser exigida nas circunstâncias), traz inevitavelmente um componente ético para a valoração, para o qual o Sistema de prova brasileiro parece não fornecer nenhum parâmetro que confira uma mínima previsibilidade. Que venha o legislador, ponderando as finalidades do processo — preservação do contraditório, impondo a prova que permita a maior controle ea redução do risco de erro — e defina que, por exemplo,não se legitimaria uma condenação baseada exclusivamente em testemunhos de agentes da persecução que conheceram dos fatos enquanto agentes da persecução.

3.3.2 A totalização das forças probatórias e as demais exigências metodológicas do Sistema

Ao defender que o Sistema não é indiferente em relação (*i*) a como o julgador lida com os argumentos e provas das partes, (*ii*) ao conceito de prova — candidata a vestígio —, (*iii*) à forma de aferição da força probatória e (*iv*) da verificação de sua suficiência, termina-se por esboçar um método para o que seria a «totalização ou unificação da prova perante o standard probatório».

Ou seja, embora se reconheça que não há uma disciplina forte sobre como o deve julgador abordar, organizar e definir o valor de toda a prova incorporada, não se pode dizer que o Sistema é indiferente em relação a essas questões metodológicas.

3.3.2.1 O princípio da unidade (ou da eficácia) da prova e a exigência de uma valoração analítica ou atomista

Não se pode olvidar que o Sistema se estrutura em torno do direito à prova, devendo-se, pois, assegurar (sobretudo) àquele que fez aportar um determinado elemento de prova, a devida apreciação deste e, consequentemente, a aferição do apoio que direta ou indiretamente oferece à *probanda* ou à sua antítese.

Outrossim, a formação do conjunto probatório, mediante um rito marcado pelo contraditório, gera aquilo que se chamou de comunhão da prova. O conjunto probatório passa a não se distinguir segundo sua origem, merecendo ser valorado em sua integralidade.

Assim, segundo o princípio da *unidade da prova* ou da *eficácia da prova* incorporada ao processo, todas as provas merecem ser consideradas e ter estabelecida a sua relação com a

probanda (se é neutra, corrobora-a ou corrobora a sua antítese) e seu grau de corroboração a **H** ou **¬H**[496].

O princípio da unidade, além de ser critério para a definição das fontes que servirão como suporte válido, que não poderão ser desconsideradas ou coarctadas, termina por ter uma grande vocação desenviesante, já que impõe ao julgador efetivamente considerar todo o material probatório (elementos empíricos e argumentos) e verificar eventuais incoerências entre os mesmos e superá-las.

A necessidade de se assegurar que toda prova seja considerada em todas as suas relações com todas as probandas reclama uma abordagem *analítica ou atomista*[497] do material probatório, queimplica o isolamento de cada um item de prova e na explicitação da sua ligação com cada circunstância da hipótese, ou seja, com cada *probanda* penúltima sob admissão, gerando uma cadeia de inferências (ou argumentos) que tem como apoio a evidência (enunciado) estabelecido a partir do exame de cada uma delas[498].

Recorde-se que a primeira inferência envolve necessariamente a ideia de confiabilidade da fonte da prova[499], o que reforça, sobretudo nesse início, a necessidade de uma análise/atenção individualizada a cada uma delas, já que se faz necessário dar uma espécie de credencial a cada enunciado estabelecido, transformando-o numa proposição ou argumento do tipo $\mathbf{H_1/E_1,I_1/E_1}$.

Referida explicitação, por vezes, é suficiente para resolver o problema da valoração da prova, já que permite intersubjetivar uma decisão sobre a ausência de um elemento empírico de apoio de uma dada *probanda* penúltima; ou ainda, quando demonstra que toda uma cadeia

---

[496] "Todo elemento de prueba tiende a producir una creencia o una duda. Por lo tanto, sólo debemos formar una conclusión luego de haberlos considerado todos y de haber pesado el valor de cada uno. Es preciso no omitir ninguno de sus aspectos parciales, ni estimarlos con exceso ni juzgarlos despreciables a fin de que la conclusión rcsulte digna de fe y la convicción conforme a los bechos'. Es un error atenerse a la primera impresión que producen los hechos, porque 'la experiencia demuestra que no cabe coordinarlos convenientemente la primera vez que se perciben'". ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoría general de la prueba Judicial**. Buenos Aires: V.P. de Zavalía, 1976, p 306.

[497] "Com base no método atomista, a valoração se realiza por meio de uma análise individualizada de cada elemento probatório e das inferências que podem ser extraídas a partir do seu conteúdo. O julgador verificará seu potencial para atribuir suporte corroborativo a cada uma das hipóteses alternativas ou mesmo para evidenciar seus pontos falhos ...". NARDELLI, Marcella Mascarenhas. **A prova no tribunal do júri**. Uma abordagem racionalista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 136.

[498] "An item of directly relevant evidence must be linked to a penultimate probandum by a chain of inferences. This chain can contain several links. The first link in the chain is always the credibility link. The remaining links are those necessary to demonstrate the relevance of the item to a penultimate probandum.". ANDERSON, T.; SCHUM, D.; TWINING, W. **Analysis of Evidence.** Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 71.

[499] A rigor, a aferição da confiabilidade envolve diversas inferências ou passos inferenciais, um para cada questão relevante que impacta na confiabilidade da evidência estabelecida. Nesse sentido: TILLERS, Peter. **Picturing Factual Inference in Legal Settings.** Gerechtigkeitswissenschaft: Kolloquium aus Anlass des 70. Geburtstages von Lothar Philipps, B. Schuenemann, M.-Th. Tinnefeld, R. Wittmann, eds., Berlin, 2005, disponível em https://ssrn.com/abstract=684258, p. 7.

de inferências depende da força de apenas uma delas: p. ex. da aferição da confiabilidade de uma única fonte, que já pode apresentar deficiências visíveis, como a ausência de medidas de contenção de danos frente a fontes de erros já mapeadas.

Ademais, a abordagem analítica é a únicacom aptidão para conter a imaginação do julgador, que tende a preencher espaços vazios, que tensiona a se conferir um determinado sentido às estórias contadas e até mesmo a "inventar" evidências[500], mostrando-se mais adequado, também ao valor que inspira toda a prova: o controle intersubjetivo voltado à contenção do arbítrio decisório.

Assim, como todo e qualquer elemento de prova aportado deve ser considerado mediante a verificação de sua confiabilidade e da relação que mantenha com a *probanda*, pode-se dizer que o método analítico termina impondo uma valoração da prova em capítulos ou em "camadas": uma para cada elemento de prova validamente incorporado ao processo.

Parece claro que, a depender do volume de evidências e de eventuais enunciados intermediários (indícios), o resultado dessa abordagem analítica será uma rede complexa de inferências, de difícil assimilação, daí porque muitos estudiosos da prova apostam num método visual (*design thinking*) para viabilizar o raciocínio probatório, permitindo uma melhor visualização de todas as relações entre as *probandas* e as evidências estabelecidas, o que se justificaria ante as sérias limitações do cérebro humano para organizar e processar um grande fluxo de informações com o recurso apenas à memória de trabalho ou mesmo à construção de um texto[501].

---

[500] Basta mencionar as pesquisas de Pennington e Hastie, abordadas item I.4.2. PENNINGTON, N.; HASTIE, R. Explanation-based decision making: effects on memory structure on judgement. **Journal of Experimental Psychology**, Learning and Memory and Cognition, 14 (3), p. 521-33, 1988.; PENNINGTON, N.; HASTIE, R. Evidence evaluation in complex decision making. **Journal of Personality and Social Psychology**, 51(2), 242 – 258.

[501] Peter Tillers deefnde que os indvíduos em geral não teriam condições de analisar e processar diversas inferências sem o auxílio de um método que permitisse a rápida visualização de diversos argumentos, in verbis: "I am interested in visualization for another reason: I also suspect that visualization may help to remedy or ameliorate certain cognitive limitations that afflict even very extraordinary people, even people with extensive training in logic and mathematics. These two conjectures of mine can be stated in the following deliberately suggestive way: I suspect that visualization can make it possible for the extraordinary computational capacity of the ordinary brain to do a better job of taking advantage of whatever assistance explicit formal argument about evidence is capable of providing. (…) Having said that attention to detail is important, I hasten to say that large amounts of detail do present a serious problem, particularly for the enterprise of developing and deploying formal argument about evidence and inference. I take it as gospel that assessment of the sort of evidence ordinarily found in real-world litigation (and in many other decision making situations) usually involves numerous evidential premises and numerous evidential inferences. An abundance of evidentiary and inferential detail presents a serious difficulty for the dream of explicit and comprehensive formal analysis of evidence in legal proceedings. As the number of items of evidence increases and as the number of pertinent possible inferences increases, the resources required to consider the inferences suggested or supported by a body of evidence increases exponentially.". TILLERS, Peter. Introduction: visualizing evidence and inference in legal settings. **Law, Probability and Risk**, n. 6, pp. 1−4. 2007, doi:10.1093/lpr/mgm006, p. 2.

O mais conhecido deles, John Henry Wigmore, propôs um método visual, que conseguiria capturar toda estrutura do raciocínio probatório judicial (*Wigmore's Chart*[502]); o qual terminou esquecido por algum tempo, sobretudo, por sua complexidade, que, por exemplo, propunha o uso de 64 figuras diferentes, e pela ausência de tecnologias de processamento de dados disponíveis na época[503]. Há, todavia, muitos entusiastas da ideia, que de certo modo a ressuscitaram, como: Peter Tillers[504]; Anderson, Twining e Schum[505]; Munoz Sabaté[506]; Floris Bex[507].

Pode-se concluir, então, que, sem as cautelas inerentes ao método analítico, o princípio da unidade da prova está fadado ao desrespeito, o que costuma se dar, por exemplo, através da prática chamada valoração ou apreciação conjunta da prova[508], que nada mais seria que um

---

[502] WIGMORE, J.H. **The Science of Judicial Proof:** As Given by Logic, Psychology, and General Experience, and Illustrated in Judicial Trials. Little, Brown, 1937.

[503] Nesse sentido: TWINING, William. **Theories of Evidence:** Bentham and Wigmore. Stanford: Stanford University Press. 1985, p. 164 e ss.; GAMA LEYVA, Raymundo. El método de Wigmore y su aplicación en nuestra práctica jurídica. In: ABEL LLUCH, Xavier (et. al).**La prueba judicial:** desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa. pp. 163-179: La Ley, 2011, p. 171.

[504] Para Tillers, "human inference - whether in legal settings or not - involves an enormous variety of cognitive operations - such as the methods of thinking found in, for example, astrophysics, weather forecasting, psychiatry, and etiquette, and when people draw on different domains of knowledge, they often find it useful, and sometimes practically essential, to use various visual representations that seem peculiarly useful - or perhaps even necessary - for reasoning within certain domains of human knowledge …". TILLERS, Peter. **Picturing Factual Inference in Legal Settings.** Gerechtigkeitswissenschaft: Kolloquium aus Anlass des 70. Geburtstages von Lothar Philipps, B. Schuenemann, M.-Th. Tinnefeld, R. Wittmann, eds., Berlin, 2005, p. 23.

[505] ANDERSON, T.; SCHUM, D.; TWINING, W. **Analysis of Evidence.** Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 123 e ss.

[506] Un modelo descriptivo sobre la argumentación de los hechos, como el de WIGMORE, o el de otros autores más modernos330, ciertamente enaltece la lógica de la prueba en cuanto la acercan al cálculo deóntico o factual331, pero la probática no es sólo o exactamente una teoría general de la prueba, sino que alienta diversos elementos praxiológicos. Nosotros presentamos otra fórmula mucho más sencilla pero con fines eminentemente prácticos, consistente en el uso de «plantillas» a las que denominamos heurigramas. Una plantilla, es como una tabla de apuntes, que consta de varias celdas ordenadas según su destino probático y en las cuales se toma nota de los distintos medios de prueba, datos de hecho, inferencias y otras incidencias que pueden ser visionadas y relacionadas de conjunto en vistas no sólo a confeccionar la fórmula probática sino también en la fase de conclusiones. Pero no se hace ningún uso matemático sino cognitivo. Se trata, como diría un autor a propósito de la estrategia, «de un dominio de los lugares mediante la vista. La partición del espacio permite una práctica panóptica»". SABATE, Luis Muñoz. **Curso de probática judicial**. Madrid: La Ley, 2009, p. 173.

[507] BEX, Floris J. **Arguments, stories and criminal evidence** - A formal hybrid theory, Londres: Springer 2010, p. 86.; BEX, Floris, PRAKKEN, H., REED, C. et al. Towards a Formal Account of Reasoning about Evidence: Argumentation Schemes and Generalisations. **Artificial Intelligence and Law**, n. 11, pp. 125–165, 2003, p. 5 e ss.

[508] Nesse sentido, José Bonet: "[…] *la valoración conjunta de la prueba*: … la valoración de cada medio de prueba esté motivado, esto es, que el juzgador exprese la razón de por qué ha realizado la apreciación en el modo que lo ha hecho, haciendo constar las razones por las que se realiza la fijación fáctica y, en su caso, el motivo por el que concede mayor valor a un medio de prueba sobre otro.". BONET NAVARRO, José. **La prueba en el proceso civil:** cuestiones fundamentales. Madrid: Grupo Madrid, 2009, p. 253. "Como pone de manifiesto Ramos, la valoración conjunta debería significar la necesidad de que el resultado que arrojan los medios de prueba se valore 'poniéndolos en relación uno con otros para deducir en bloque la eficacia de las pruebas practicadas en el juicio', operación que ha de ser común en todos los juicios. En fin, como afirma Ortells, 'debería terminarse con la viciosa práctica de la llamada apreciación conjunta de la prueba, consistente en la exposición de un resultado global de las pruebas practicadas, que permitía ocultar, por un lado, el incumplimiento de las normas de valoración legal vigentes y, por otro, omitir las razones de la formación de la

engodo voltado a dar algum ar de racionalidade a uma apreciação superficial, parcial e marcantemente intuitiva. Não se pode confundir: o que o Sistema exige é uma valoração plena e não (apenas) conjunta[509].

3.3.2.2 A combinação ou unificação das forças e seu confronto com o standard probatório: a necessidade de um fechamento holístico

Como já visto (II.2), a operação dos modelos de constatação da suficiência da prova (*standards* probatórios externos) pressupõe uma prova totalizada ou unificada: um único vetor apto a fazer **H** preponderar sobre **¬H** ou mesmo fazer **H** remanescer como a única plausível.

Todavia, a força da prova, quer se trate de um elemento de prova individualmente considerado, quer se trate do conjunto de todos os elementos, não é expressa segundo um padrão, numérico ou de outra ordem— uma espécie de etiqueta[510]— mas através da ordenação das hipóteses concorrentes.

Assim, à medida que vai sendo estabelecida a cada evidência e sua relação com uma dada *probanda* penúltima, hipóteses alternativas — modais ou apoiadoras de **¬H**— candidatas a integrar a explicação da prova como um todo podem surgir, ser reforçadas, enfraquecidas,debilitadas,excluídas ou mesmo ressuscitadas[511], o que implica que a abordagem isolada de cada elemento de prova gera apenas uma espécie de apoio provisório.

É certo que essa valoração em camadas permite uma interação entre os diversos itens de prova, à medida que o apoio que cada um fornece vai se alterando à medida que um novo

---

convicción en lo que se refiere a los medios de prueba de libre apreciación'… Así y todo, estos mismos autores llaman razonablemente la atención del peligro de que pueda convertirse en una corruptela de graves consecuencias para la seguridad jurídica de las partes si no es equilibrada con el derecho a la tutela judicial efectiva entendido como derecho a obtener una resolución motivada y lógica desde un punto de vista no sólo jurídico, sino también fáctico y probatorio.". Idem, p**.** 255**.** "[…] que la prueba pericial sea de libre apreciación, si el juzgador se decide por alguna de las alternativas, deberá razonarlo particularmente (…) Ciertamente, la necesidad de evitar la arbitrariedad es clave para excluir la valoración conjunta de la prueba, cuando con ella se pretende sustituir el debido análisis particularizado de cada uno de los medios de prueba. Como lo es igualmente el derecho de defensa de las partes, en cuanto que la valoración conjunta les impide conocer los motivos del enjuiciamiento y, por tanto, las posibilidades de defensa y recurso. Ibidem, p. 258.

[509]Nesse sentido: NIEVA FENOLL, Jordi. **La valoración de la prueba**, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 105.; FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid, 2007, p. 56.;ALARCÓN. Reynaldo Bustamante. **El derecho a Probar como elemento esencial de un proceso justo**. Santiago: Ediciones Olejnik, 2015, p. 314.

[510] Algo como prova forte; fortíssima; fraca (como fazia Wigmore) pode até servir para sinalizar e ajudar o julgador na organização das diversas proposições, mas não funcionará para compor o contexto total ... (*fusion* ... o que deve ocorrer, bem ou mal, é que as possíveis explicações para as evidências em particular, não devem ser completamente isoladas/deixadas para trás, como sugere Ferrer beltran (onde?), como faz Bex em seu estudo de caso muderer in anjo) ...

[511] – E1 – pode vir a ser enfraquecida, robustecida ou até mesmo descartada quando da análise de uma evidência analisada na saquência – E2.

item é considerado; mas, ao final, o resultado da abordagem analítica será um conjunto de hipóteses (ou teorias) candidatas a integrar a (melhor) explicação para as evidências estabelecidas.

Como se trata de hipóteses que idealizam realidades empíricas únicas, o resultado da análise individual de todos os itens de prova gerará uma série de (sub)estórias que disputam a condição de (melhor) explicação para a existência de determinados itens de prova e/ou para outras (sub)estórias.

Por serem candidatas a integrar a estória maior, que abrangeria desde os fatos sob reconstrução até os eventos relacionados à busca e coleta dos elementos empíricos, parece certo que não se poderia renunciar a uma abordagem holística[512], que, embora seja mais associada a uma epistemologia mais coerentista e a uma concepção narrativista do Direito e persuasiva da prova)[513] parece ser também uma exigência metodológica do Sistema, que reclama uma prova totalizada[514] e confrontável com o standard probatório respectivo e que não dispensaria osvaliosos os aportes do narrativismo para a construção de um método de conhecimento dos eventos do passado, através na identificação e avaliação das qualidades narrativas: simplicidade (ou inteligibilidade); completude, verossimilhança ou

---

[512] O método holista propõe uma abordagem que priorize o todo, ou seja, que parta estória que daria conta de todos os dados que se dispõe. Assim, Maria Clara Calheiros: "mas o que significa uma aproximação holística à prova? A extensa bibliografia que tem vindo escrita sobre este tópico tem apontado como características daquela o facto de não se construírem raciocínios independentes a partir de distintos elementos de prova e, simultaneamente, se desvalorizarem, tendencialmente, as contradições daí emergentes. A história ou narrativa é, em vez disso, utilizada ela própria, como um ponto de partida para todo o raciocínio probatório, procurando o decisor ir encontrando, na prova produzida no julgamento, o apoio necessário para confirmar aquela.". CALHEIROS, Maria Clara. **Para uma teoria da prova**. Coimbra. Editora Coimbra. 2015, p. 181.

[513] Um dos expoentes do Narrativismo é o professor José Calvo Gonzáles, destacando-se diversos trabalhos, GONZÁLEZ, José Calvo. **Proceso y narración:** teoría y práctica del narrativismo jurídico. Lima: Palestra Editores, 2019.

[514] O vetor que liga o conjunto probatório à probanda é, na realidade, um vetor idealizado, que representa uma corroboração ou apoio difuso (*fusion*): integrado por vários outros vetores cuja dimensão não pode ser individualizada, descontextualizada, cujo apoio que cada prova fornece à probanda depende do que é do que é fornecido pelas demais provas. Essa ideia de corroboração difusa pode ser compreendida através de uma analogia: imagine-se que se quer apoiar e conferir estabilidade a um dado objeto, recorrendo a múltiplos pontos de suporte. Cada um desses pontos de apoio exercerá uma força sobre o objeto, equivalente ao peso este "depositar" sobre si. A supressão de um dos pontos, pode levar a coisa ao desequilíbrio, mas também pode levar apenas à mudança dos vetores que cada um dos pontos. Assim, a força de um dado ponto de apoio poderá será maior ou menor a depender do apoio totalizado; e é a resultante dos diversos vetores (que não existe senão enquanto uma idealização) que definirá se o objeto restará em equilíbrio ou não. Suporte difuso, assim, ser visto como uma totalização de todos os vetores originários a partir de todas as evidências; corresponde à ideia de uma combinação de valores que não se apresentam como algo definitivo, mas que ficam "abertos" sofrendo a interação de outras evidências (pontos de suporte) e até de outras informações que sejam aportadas; de sorte que uma valoração puramente atomista voltada a medir a força de cada vetor (de cada prova) será incapaz de aferir a suficiência do suporte como um todo, na medida em que a cada camada, a força de cada uma delas vai sendo alterada; podem ir se fortalecendo ou enfraquecendo, ou seja, mostrando maior ou menor capacidade para fazer frente às "necessidades" para manter em equilíbrio do "objeto", a cada passo (prova), haverá uma nova reacomodação dos vetores.

plausibilidade[515].

Não se deve perder de vista, assim, que, como visto antes (I.4.2), as narrativas têm um enorme poder persuasivo e o Sistema se propõe justamente a viabilizar a necessária resistência à persuasão; ou seja, embora se admita que uma estória consistente e coerente tenha mais probabilidade de ser verdadeira[516], o ideal de verdade exige um esforço voltado a separar as estórias verdadeiras e as boas estórias[517].

Daí que a utilização da abordagem narrativista, como um fechamento, deve trabalhar tanto com as estórias completas, como com as subestórias combinadas com os argumentos[518]que lhe conferem uma espécie de credencial, compreendida como a ancoragem no mundo real propiciada através da prova[519], o que, enfim, permitirá concluir sobre se há razões que autorizam admitirque: a) **H** prepondera sobre **¬H**; ou b) foram excluídas quaisquer modais de **¬H**.

Nesse sentido, vários estudiosos da prova judicial propõem um método de valoração

---

[515] Todas essas ideias podem ser reconduzidas às ideias de consistência e coerência: "pode-se dizer que um discurso possui consistência quando 'permite um desenvolvimento proposicional eficaz'. Essa eficácia, nos limites da presente investigação, pode ser compreendida, da perspectiva das partes, como êxito persuasivo; na perspectiva dos assistentes técnicos como esclarecimento técnico eficaz; e, na perspectiva do julgador, como ajuste das causalidades narrativas que eventualmente estejam lacunosas ou em contrariedade. Havendo consistência é possível fazer inferências da narrativa a partir de ligações proposicionais indicadas explicitamente. Por outro lado, caso a narrativa não tenha consistência, é necessário que se liguem pontos de sentido a fim de que se possa alcançar, a partir de informações fáticas constantes no material probatório, uma continuidade mínima sobre a afirmação da ocorrência dos fatos.". FERRAREZE FILHO, Paulo. **Decisão judicial e narratividade:** um olhar para os fatos a partir da teoria narrativista do direito de José Calvo González. Tese de Doutorado defendida perante a Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2017, p. 102. "A coerência é, antes, uma função de sentido do que se disse sobre determinados fatos. Ainda que se admita que aquilo que se narra tem necessariamente algumas conexões dedutivas (talvez até sistemáticas) com o que foi dito/escrito por quem narra, por outros narradores, ou mesmo por uma pretensa cultura narrativa – com descrições anteriores desses mesmos sinais; não se pode pretender a busca de uma coerência que atenda a critérios predeterminados, mas que tenha, tão somente, certa logicidade (interna – estrutural / e externa – contextual e cultural)". Idem, p. 112.

[516] "El tipo de justificación que la coherencia narrativa trata de proporcionar al desenvolvimiento de la actividad jurisdiccional como test de verdad o probabilidad en cuestiones de hecho o hechos en litigio para los que se carece de una prueba directamente deducida mediante la observación …". GONZÁLEZ, José Calvo. **Proceso y narración:** teoría y práctica del narrativismo jurídico. Lima: Palestra Editores, 2019, p. 21-22.

[517] "A história narrada para ser boa deverá ser consistente, credível, plausível e persuasiva. Contudo, isto não basta para transformar uma história verdadeira, pois pode ser que o interlocutor seja um exímio narrador, apesar dos fatos serem falsos.". CAMBI, Eduardo; MARGRAF, Alencar Frederico. Verdade real e narrativismo processual. **Revista dos Tribunais**, vol. 948, p. 137–160, 2014, p. 150.

[518] Vale lembrar que a Inferência para Melhor Explicação, enquanto esquema para o raciocínio heurístico ou justificador combina estórias e argumentos. Nesse sentido, mais uma vez: WALTON, Douglas. **Argument Evaluation and Evidence.** Cham: Springer International Publishing AG, 2015, p. 36.

[519] Vale registrar, por enquanto, que a prova é "âncora", não é "solo": "every piece of evidence used for the decision must be anchored in common-sense rule which the court believes in. The problem is, of course, that courts although they mention the evidence on which their decision are based, seldom explain which common-sense rules serve as anchors.". WAGENAAR, Willem A; KOPPEN, P. J. V.; CROMBAG, H. F. M. **Anchored Narratives:** The Psychology of Criminal Evidence. Hemel Hempstead, Hertfordshire: Harvester Wheatsheaf, 1993, p. 41.

que combine elementos do atomismo e holismo, como é o caso de Wagenaar (et. al)[520,] Floris Bex (et. al,)[521], Haack[522], Accatino[523], Rui Pereira[524].

3.4A Valoração da Prova como Aplicação de Conhecimento e o Sistema enquanto Critério de Validação

Adam Benforado, em *Unfair*[525], conta a história de um julgamento ocorrido na França do século XIII, que se consistiu basicamente em atiraros acusados em um tonel de água benta, para que se pudesse aferir sua culpa ou inocência; o critério de significação da evidência era objetivo: flutuou, culpado; afundou, inocente.

Mesmo abstraindo todas as impropriedades relacionadas ao direito material e ao próprio conceito de prova (que se trabalhou acima item II.1.1), a condenação dos acusados, porque ambos flutuaram, sobressai absurda, justamente porque é tranquilo admitir que o «conhecimento de mundo» atual superou completamente o da época.

Passados 8 séculos, fica muito claro o grave equívoco no julgamento, já que a significação da evidência adotada depende exclusivamente da relação entre a densidade da água e a densidade do corpo que nela é mergulhado, sendo tranquilo, ademais, que a grande

---

[520] Para Wagenaar (et. al.) as hipóteses (ou estórias) necessitariam da prova (e de suas subestórias) para se conectar ao mundo empírico. *in verbis*: "stories told in a criminal court must not only be good, we want thel to be true. The truth of a story is established by means of evidence The truth of a story".Ibidem, p. 39.

[521] BEX, F. J., PRAKKEN, H., & VERHEIJ, B. **Anchored narratives in reasoning about evidence**. Legal Knowledge and Information Systems: JURIX: The Annual Conference, pp. 11-20, 2006; BEX, Floris; KOPPENB, Peter J. van; PRAKKEN, Henry; VERHEIJD, Bart. A hybrid formal theory of arguments, stories and criminal evidence. **Artificial Intelligence and Law**, n. 18, pp.123-152. 2010; BEX, Floris J. **Arguments, stories and criminal evidence** - A formal hybrid theory, Londres: Springer, 2010.

[522] "Puede valer la pena añadir que, por esta razón, mi aproximación no es atomística pero tampoco totalmente holista; sino una especie del holismo articulado. Esta teoría es fundeherentista: con ello quiero decir que, como el fundacionalismo y a diferencia del coherentismo, admite el rol de las pruebas sensoriales; y, al mismo tiempo, como el coherentismo, pero a diferencia del fundacionalismo, admite relaciones de apoyo mutuo omnipresentes entre nuestras creencias. Es también material: es decir, reconoce que lo que determina la calidad de las pruebas y, por tanto, del aval, no es totalmente formal sino también en parte material.". HAACK, Susan. El probabilismo jurídico. Una disensión epistemológica. In: VÁZQUEZ C. (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica.** Ensayos de epistemología jurídica, pp. 65 – 98. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 79.

[523] Daniella Accatino chama atenção para que os diversos momentos do raciocínio probatório, parecendo certo que nenhuma das concepções isoladamente dá conta de sua integralidade; daí porque defende uma concepção que reconhece "los aportes del holismo a la comprensión de los procesos psicológicos de decisión y al reconocimiento de la importancia, también desde un punto de vista justificativo, de la integración narrativa de las proposiciones que se declaran probadas y de la integración reticular de las razones probatorias. Pero al mismo tiempo hace posible defender el valor del análisis atomista si se pretende minimizar el riesgo de error al apreciar la fiabilidad y la fuerza de las pruebas.". ACCATINO, Daniela. Atomismo y holismo en la justificación probatoria.**Isonomía**, n. 40, p. 17-59. México. 2014. , p. 52.

[524] PEREIRA, Rui Soares. Modelos de Prova. In: MENDES, Paulo Sousa; PEREIRA, Rui Soares (coord.). **Prova penal teórica e prática**, pp. 41-76 Coimbra: Almedina, 2019, p. 55 e ss.

[525] BENFORADO, Adam. **Unfair.** The new science of criminal injustice. New York: Crown Publishers. 2015, p. ix e ss.

maioria dos indivíduos flutuaria, a não ser os extremamente magros e aqueles que conseguissem expelir boa quantidade de ar dos pulmões, mantendo-os comprimidos por algum tempo.

O exemplo, que infelizmente não é fictício, tem a aptidão de demonstrar que a retidão do resultado do processo de significação da prova não depende apenas de sua correção lógica da inferência probatória, depende também da correção das «informações de mundo» aplicadas pelo julgador; aliás, no caso em questão, a relação entre a probanda (culpa) e a evidência (corpo flutuando) não viola a lógica formal, já que o flutuar poderia significar que o corpo impuro (vestígio) foi rejeitado pela água benta, enquanto o afundar, ao contrário, significaria o acolhimento da inocência ou pureza.

Apreende-se, pois, a partir daí, que a valoração da prova, compreendida como a sua significação em termos de corroboração/refutação a uma dada hipótese, opera-se mediante aplicação de informações de mundo: sobre o seu funcionamento, sobre como as coisas normalmente se relacionam de modo causal ou sobre como raramente ou nunca se relacionariam[526].

Eventual descompasso entre a compreensão de mundo empregada na valoração da prova e o «conhecimento de mundo atualizado», aquilo que Malatesta chamou de verdade-geral, fatalmente redundará em resultados errôneos, por mais cuidadosa seja análise, por mais que as relações entre as evidências e as probandas respeitem a lógica; sendo, ademais, desnecessário se aguarde a passagem de séculos para que muitos desses equívocos sejam percebidos com elevada nitidez[527].

Registre-se que não se está aderindo a uma ideia ingênua, de que o mundo segue um roteiro completamente predeterminado, muito menos que se pode compreendê-lo de maneira completa e definitiva: nem isso é possível, nem é necessário. Cabe aqui, então, reiterar os argumentos contra um ceticismo radical (e estéril/paralisante) já aduzidos no item I.3.3.

---

[526] O conhecimento manifesta-se não apenas nas opiniões, mas em todas as práticas. AFTALIÓN, Enrique; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. **Introducción al Derecho**. Buenos Aires: Abreledo-Perrot, 1999, p. 22.

[527] O caso Israel, de 2015, é um bom exemplo. Uma mínima organização do material probatório respectivo permite se visualize que a admissão da hipótese acusatória – Israel adentrou na residência das vítimas e, mediante ameaça de violência com emprego de faca, subtraiu determinados itens e estuprou uma delas – dependeria do acolhimento de uma (candidata) a verdade-geral – pessoas em geral têm a capacidade de registrar e memorizar o rosto de um indivíduo desconhecido e, posteriormente, resgatá-lo, num processo que corre de maneira natural e sob a mais absoluta segurança, sendo a memória blindada em relação a corrupções ou distorções –; isso porque o julgador entendeu que o reconhecimento, pela vítima do crime sexual, configuraria, sozinha, prova suficiente para se sobrepor àquelas contrárias à hipótese acusatória – (*i*) a apreensão de todo o produto do roubo na mão de um terceiro e (*ii*) laudo de exame de DNA, que atesta que o material biológico encontrado na cena do crime sexual (mais especificamente na própria colcha da cama) além de não ter provindo de Israel proveio justamente do indivíduo apanhado com todo o produto do crime patrimonial.

Reconhece-se, pois, que é não só é factível, mas, em certa medida, é tolerável, uma defasagem entre o conhecimento atual de mundo e o conhecimento verdadeiro, já que aquele vem num permanente processo de retificação permanente e infindável.

O que se admite, então, é que a ordem jurídica pressupõe: *i*) uma realidade empírica cognoscível (de um "mundo lá fora", concreto, real), na medida em que se institui normas para regulá-lo e diversos mecanismos voltados à sua alteração; e, mais, *ii*) um mundo não aleatório, que apresenta alguma regularidade, um mundo de causas e efeitos mais ou menos conhecidos e/ou conhecíveis, já que a própria ordem jurídica se põe com base numa ideia de causalidade, justamente com a pretensão de conformar-se em causa (p. ex. servindo como um (des)estímulo).

Isso, aliás, já se refletiu no próprio conceito de prova judicial (II.1.1), que deve ser vista como um elemento empírico candidato a vestígio de uma realidade que ficou no passado, ou seja, como uma marca no mundo real que pode ser compreendida como tendo sido causada por um evento do mundo real.

Assim é que merecem uma atenção destacada os saberes aplicados no âmbito do raciocínio probatório[528], já que, como já bem demonstrado por meio do exemplo acima mencionado, a inferência indutiva, ou seja, a passagem de algo que já se admitiu — para algo novo, que se quer ver admitido — reclama mais que uma mera relação lógica entre os enunciados respectivos, mais que a coerência entre ambos e destes com os demais; fazendo-se necessário verificar se a relação entre os enunciados — evidencial, admitido, de um lado, e a *probanda*, a se admitir (ou não), de outro — se adequa a (um)a (certa) normalidade do mundo já captada, viabilizando, assim, uma espécie de conexão com este mundo observável e compreensível racionalmente, o que Wagenaar (et. al.) chama de ancoragem[529].

Nesse sentido é que, como já dito no item II.3.3, passar do conhecimento evidencial para estabelecer os enunciados subsequentes exige levantar questões relevantes, geradoras de hipóteses concorrentes ao posto de melhor explicação para aquele conjunto de provas: uma explicação causal, já que, insistindo nisso, a prova é candidata a vestígio do fato que se pretende reconstruir (vide II.1.1).

---

[528] Embora não se negue que aplicação de saberes se faz presente em toda atividade humana, nas mais simplórias do dia a dia, e que, portanto, marca toda a valoração da prova, operando mesmo sem a consciência do julgador desde o primeiro contato com a realidade empírica que lhe é apresentada. Esses saberes formariam aquilo que Lagier chamou de "esquemas conceituais", que moldam a própria percepção que o indivíduo tem da realidade. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. **Quaestio facti** (ensayos sobre prueba causalidad y acción). Lima: Palestra Editores, 2005. p. 8.

[529] WAGENAAR, Willem A; KOPPEN, P. J. V.; CROMBAG, H. F. M. **Anchored Narratives:** The Psychology of Criminal Evidence. Hemel Hempstead, Hertfordshire: Harvester Wheatsheaf, 1993, p. 37 e ss.

Tudo isso pressupõe um julgador que conheça como funciona o mundo (lá fora)[530] em situações como aquelas retratadas na hipótese objeto da prova, já que a própria geração de hipóteses pressupõe a aplicação desses saberes.[531]

As respostas a essas questões relevantes, ou seja, a exclusão e/ou ordenação das respectivas hipóteses/teorias explicativas — que conformarão o resultado da valoração — também não dependem exclusivamente de uma relação lógica que se estabeleça entre os respectivos enunciados.Todas essas respostas dependerão de saberes para além daqueles relacionados ao método, saberes de fundo, que o julgador detém (ou deveria deter), sendo que a sua correção (ajuste ao conhecimento de mundo atualizado) é determinante para a correção dessa série de respostas, de sorte que, eventual desatualização afetará diretamente a aferição da força probatória, que restará fadada ao aleatório e ao erro.

Basta que se retome a ideia de um julgador que nada conhece sobre a formação da memória e sobre acapacidade e limitações que o cérebro humano tem para tratar informações visuais de rostos humanos e que trata o "equipamento humano" como uma espécie de câmera de vídeo. Essa forma de compreender o mundo (manifestamente equivocada e ultrapassada[532]) certamente gerará uma incorreta apreciação do valor da prova, importando numa sobrevaloração desastrosa.

Ademais, não é difícil imaginar que, após estabelecidas as evidências e suas relações com as *probandas*, com a explicitação de todos os enunciados intermediários, surjam impasses do tipo "e quando uma prova pericial corrobora **H** e duas testemunhais a refutam? ". Em situações tais, a saída não será apontada por um critério formal, mas justamente por um sopesamento da qualidade dos saberes envolvidos em cada uma das inferências (e consequente grau de determinabilidade que conferem a estas) e, também, na avaliação do todo.

---

[530] "In the absence of experts or other direct evidence, we fall back on background generalizations. In the Rationalist Tradition it is assumed that the triers of fact, including jurors, come already equipped with a largely shared "stock of knowledge," which is the main source of warrants for making inferences in arguments about questions of fact.". ANDERSON, T.; SCHUM, D.; TWINING, W. Analysis of Evidence. Cambridge: Cambridge University Pressg, 2005, p. 269.

[531] A comparação entre as hipóteses, da mesma forma, não pode se dar num âmbito de um narrativismo radical, que dá autonomia às narrativas de modo a compreender que o melhor substituto para a verdade histórica seria a melhor narrativa. Perceba-se que o narrativismo quando se refere à coerência da narrativa, pressupõe sua adequação a outras narrativas estabelecidas culturalmente, que não deixam de ser conhecimento de mundo "validado" por uma determinada comunidade. FERRAREZE FILHO, Paulo. **Decisão judicial e narratividade:** um olhar para os fatos a partir da teoria narrativista do direito de José Calvo González. Tese de Doutorado defendida perante a Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2017, p. 112.

[532] Veja, por todos: CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky. Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos. **Av. Psicol. Latinoam**., Bogotá, v. 38, n. 1, p. 172-188. 2020.

A questão que se propõe a responder agora é, então, se (e eventualmente como) o Sistema de Valoração da Prova lida com a qualidade ou atualização desses saberes; se, de alguma forma, ainda que remota ou indireta, se importa, estabelecendo algum requisito de validação.

3.4.1 O papel que o «conhecimento de mundo» desempenha na valoração da prova: as regras da experiência enquanto generalizações que operam como garantia da inferência probatória

Não se controverte que a maneira como o julgador percebe e compreende o mundo opera na valoração da prova de forma implícita, aliás, como dito há pouco, toda prática humana envolve a aplicação de saberes acumulados pelo seu agente.

Não se contesta, por exemplo, que se operará sua aplicação inconsciente logo no primeiro contato com a prova, quando o julgador vê e/ou escuta o elemento empírico — pessoa ou coisa —, o que, aliás, pode interferir decisivamente no resultado da interpretação. Mas o Sistema, enquanto critério de valoração, ao menos de maneira direta, não se preocupa com a interferência da compreensão de mundo do julgador nesse momento, confiando na preservação da prova e no fácil controle que poderia incidir sobre eventual interpretação deturpada; ou seja, a *priori*, isso não precisa mesmo ser encarado como um problema e superado consciente e metodicamente pelo julgador (I.5.1). Em sendo a interpretação problematizada, sua superação demandará abordagem equivalente à do raciocínio probatório em sentido estrito, daí porque se mostra justificada uma (especial) preocupação com a aplicação do conhecimento de mundo nessa etapa da valoração.

Na inferência probatória, entretanto, opera um «conhecimento de mundo» convertido em uma generalização, como uma espécie de garantia da passagem daquilo que é conhecido (ou admitido de modo racional ou justificável), para o que se quer conhecer ou se pretende admitir de modo racional ou justificável. A generalização (**G**) seria justamente aquilo que autorizaria admitir algo, tratá-lo como se fosse verdadeiro, mesmo sem uma comprovação desse algo que pudesse ser vista como a ideal: percepção direta mais raciocínio.

As generalizações podem ser tomadas como regras, mas num sentido de regularidade: elas não se aplicam mediante um juízo dedutivo — se **A**, porque **G**, então **B**—, mas indutivo — se **A**, porque **G**, normalmente ou raramente**B**; daí a necessidade de superação da concepção de que as chamadas de «regras da experiência» têm um caráter normativo e que, portanto, seriam aplicadas mediante um juízo de subsunção, sendo, ademais, vocacionadas a

suprir as lacunas do ordenamento jurídico[533]. Enfim, as chamadas «regras da experiência» ou «máximas da experiência» nada mais são que a veiculação, em forma de generalização, de uma determinada compreensão sobre o funcionamento do mundo mais ou menos segura.

Aliás, parece ter sido essa a intenção do legislador de 2015 quando, no novo Código de Processo Civil, na redação do seu artigo 375, excluiu a antiga expressão "na ausência de norma em contrário (...)"[534] , isso porque parece muito claro que, quando a própria lei distingue *A* e *B* e lhes comina consequências distintas, o julgador continua sem poder aplicar, a um integrante da categoria *A*, a consequência prevista para categoria *B*, ao argumento de que há uma regra de experiência autorizativa (dado que se tem *A*, muito provavelmente se tem *B*). Isso, aliás, já foi abordado quando se tratou da prova por indícios no item II.1.1.

Assim, a redação do artigo 375 do CPC (de 2015) pode ser vista como uma evolução, porque deixou efetivamente claro que chamadas regras (ou máximas) da experiência nada mais são que generalizações de mundo.

A propósito, é válida a crítica no sentido de que as regras ou máximas da experiência não podem ser captadas de uma maneira puramente objetiva e tampouco convertidas em razões objetivas. O contraponto deve ser bem assimilado, e, como todo argumento (tendencialmente) cético, deve ser tomado como fomentador de uma indispensável cautela, como um alerta para a necessidade de um agir com prudência, evitando abusos[535].

É que se não se puder recorrer às generalizações baseadas nas regras da experiência – entendida como a forma como se compreende o mundo em suas relações causais –, dever-se-ia (*i*) "fingir" que o conhecimento sobre o fato do passado é direto, evidencial, (*ii*) defender a suficiência de uma compatibilidade meramente lógica entre os enunciados (abrindo-se mão de, p. ex., poder criticar o julgamento via água benta) ou (*iii*) desistir de um modelo de justiça baseado no resgate (analógico) da realidade do passado (aderindo a uma ideia radical de justiça procedimental); não parece haver outra saída.

---

[533] Hoje já se encontra superada a concepção de que as regras ou máximas da experiência tinham caráter normativo voltados justamente a completar as lacunas do direito positivado. Nesse sentido, p. ex: ROSITO, Francisco. Direito probatório. **As máximas de experiência em juízo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 83.; SCHMITZ, Leonard. **Presunções judiciais:** raciocínio probatório por inferências. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 237.; AUILO, Rafael. **A valoração judicial da prova no direito brasileiro**. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 63 - 64.; FAZANARO, Renato Vaquelli. **Os indícios e a prova indiciária no direito processual:** um estudo necessário. São Paulo: Editora Juspodvm, 2022, p. 264 e ss.

[534] Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.

[535] Como alerta Leonard Smithz, já no próprio título de artigo publicado em 2016: SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Quem não chorar no enterro da própria mãe corre o risco de ser condenado à morte: o (ab)uso de máximas de experiência na valoração e interpretação da prova.In: DIDIER JR, Fredie.**Provas**. pp. 439-458, Salvador: Juspodivm, 2016.

Daí porque se segue por aquele caminho defendido pela epistemologia falibilista, que, como já se disse (item I.3.2), foi encampado pela nossa ordem jurídica, de sorte que se deve ir em busca de critérios que possam conferir segurança a esses saberes (sobre o funcionamento do mundo) e, de certo modo, validá-los.

Seguindo nesse propósito, vale registrar que as generalizações, como bem aponta Alan Limardo, possuem duas características: a sua *confiabilidade*, segurança ou solidez, e a sua *determinabilidade*, ou relevância[536]. A garantia que a generalização poderá oferecer a uma inferência probatória depende assim da sua *solidez*— do quão confiável é, da sua comprovação (ou ao menos seu não-falseamento) empírica— e do quão*determinante* se propõe ser – ou seja, de sua relevância, entendida como sua relação com o caso. Há generalizações muito seguras, muito sólidas, mas que são absolutamente irrelevantes para servir de garantia; há saberes não tão seguros, mas que apresentam um elevado grau de determinabilidade em relação a uma dada inferência probatória.[537]

Assim, uma dada compreensão sobre o mundo —candidata a conhecimento ou a razão epistemicamentevalidada — não precisa ser submetida a um juízo binário de «garante a inferência probatória»/«não garante a inferência probatória», já que pode ser convertida numa generalização pouco pretenciosa, com pouca relevância, sendo por vezes válida apenas para garantir que uma dada a evidência confere algum reforço à probanda que está relacionada.

3.4.2 A insuficiência do senso comum enquanto critério de validação e a necessidade do seu monitoramento

O já mencionado artigo 375 do Código de Processo Civil, expressamente, e o artigo 239 do Código de Processo Penal, de modo implícito[538], autorizam o uso na valoração da prova das chamadas «regras de experiência comum».Mas o que o legislador quer dizer com as

---

[536] LIMARDO, Alan. Repensando las máximas de experiencia. In Qaestio facti. **Revista internacional de razonamiento probatorio**. Num. 2, 2021, p. 139 e ss.

[537] "É importante registrar que a maior ou menor conformidade com o conteúdo de uma determinada regra da experiência atua como fator fundamental para que se possa justificar a maior ou menor intensidade do grau de ressonância inferencial presente na prova que une uma realidade histórica às alegações sobre ela tecida nos autos. De fato, as regras da experiência veiculam padrões de normalidade obtidos através da observação de um conjunto de casos, atuando como critérios de interpretação do retrato possível da realidade histórica examinada que é construído a partir do conjunto das provas produzidas nos autos. Nesse sentido, o grau de correspondência existente entre o significado da regra de experiência e a versão retratada com base nas provas disponíveis constitui-se no grau de probabilidade inerente a tal versão.". REICHELT, Luís Alberto. **A prova no direito processual civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009. p. 210.

[538] Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, *tendo relação com o fato, autorize, por indução***,** concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.

regras da experiência comum?

Parece um tanto óbvio que não se refere às regras da experiência individual do julgador, numa área não especializada (por isso, comum):o julgador não produz regras — qualquer que seja a acepção do termo — a partir de sua própria experiência.

As «regras da experiência comum» devem ser entendidas como a compreensão de mundo compartilhada pela comunidade (em que se insere o julgador e as partes) ou como o conhecimento do senso comum (*common sense knowledge*), ou, simplesmente, senso comum.

Referida norma estabelece, assim, um primeiro requisito de validação de eventuais candidatos a operar como generalização na inferência probatória: *integrar o senso comum*. O senso comum não é o senso do julgador, o que o obriga a comparar sua maneira de compreender o mundo, com a compartilhada pela (sua) coletividade; ou seja, o juiz, por estar inserido numa comunidade, assim como as partes, deve ter captado ali a compreensão de mundo candidata a operar como generalização-garantia no raciocínio probatório, o que poderia contribuir para legitimar o seu emprego, justamente por ser conhecida também pelos demais protagonistas do processo.

Esse primeiro requisito pode ser visto como consequência da necessidade de uma *consensualidade* em torno do saber; um aval conferido pela comunidade, necessário a evitar um atuar subjetivista, decisionista, solipsista; além de, em certa medida, conferir *alguma segurança*, enquanto o senso comum se associa a uma ideia de consolidação lenta, não se alterando do dia para a noite, o que evitaria o uso de uma «compreensão de mundo» de ocasião ou de encomenda.

O (ter que integrar) o senso comum, por relacionar-se com a ideia de uma compreensão de mundo compartilhada pela comunidade e, consequentemente, pelos protagonistas do processo, operará enquanto critério de validação da generalização por meio da exigência de um *desafio minimamente razoável* por parte daquele que se insurge contra sua utilização. Aliás, o que se espera é que o senso comum assuma a condição de verdade-geral aceita como tal e, que, portanto, não seja desafiado[539].

---

[539]Segundo Walton e Macagno, o senso comum – enquanto saber compartilhado pela coletividade – poderia ser utilizado no raciocínio probatório, por uma questão pragmática, quando ninguém o contestasse ou quando ninguém o contestasse seriamente, ou seja, com uma razoável expectativa de êxito.In *verbis*: "Is common knowledge really knowledge, in some sense recognized in epistemology, or is it merely recognition of an assumption so broadly accepted that requiring proof of it would be wasteful when (1) no party actively contests it or (2) no party contesting it could reasonably expect to prevail? The doctrine of judicial notice (under which a judge can instruct the jury to accept a fact as conclusive if the fact is so commonly known in the community *that there is no need to prove it) suggests that the criteria for what the law calls common knowledge are (1) and (2)*.". WALTON, Douglas; MACAGNO, Fabrizio. Common Knowledge in Legal Reasoning about Evidence. **International Commentary on Evidence**, volume 3, issue 1. 2005. p. 2. Da mesma forma, Wagenaar, *verbis*:

A só possibilidade de um desafio razoável, impõe sua desconsideração ou a reformulação da generalização respectiva, reduzindo o seu grau de determinabilidade (resguardo ou *guarding*), o que poderá exigir da prova outra ancoragem, ou seja, outra generalização significadora dele ou de outro elemento empírico.

Enfim, geralmente, a problematização não se dará propriamente quanto à possibilidade de emprego do senso comum como garantia da inferência probatória, mas em relação a como se dará esse emprego, com uma maior ou menor determinabilidade, concorrendo, ou não com outros candidatos a conhecimento também originados do senso comum, que podem dar origem a generalizações concorrentes.

Diante dessa encruzilhada — já que a ordem jurídica, de um lado, (*i*) autoriza a aplicação do senso comum como garantia da inferência probatória, e, de outro, (*ii*) impõe se siga um critério fortemente conectado com a verdade, aspirando a produção de conhecimento verdadeiro, seguro, validado — deve-se concluir que o senso comum se configura num critério necessário, mas insuficiente,de validação da generalização para atuar como garantia do raciocínio probatório, impondo que se recorra à epistemologia em busca de critérios que operam na validação (epistêmica) dessas informações de mundo, permitindo um ajuste do seu grau de determinabilidade.

Pois bem; assumindo a perspectiva do julgador, o senso comum pode ser visto como um "conhecimento de segunda mão" (*second handknolwledge*)[540], não se tratando de fruto de experiências vividas por este (embora possa ser reforçada por estas); tampouco configura produto de seu raciocínio ou do resgate de sua memória; ademais o (conhecimento do) senso comum é apreendido de maneira assistemática, não datada, sem uma fonte identificável[541].

"every piece of evidence needs further support, until it can be safely anchored in a general rule that cannot be sensibly contested because all parties acknowledge it to be true in the given case. These general rules are usually common-sense facts of life.". WAGENAAR, Willem A; KOPPEN, P. J. V.; CROMBAG, H. F. M. **Anchored Narratives:** The Psychology of Criminal Evidence. Hemel Hempstead, Hertfordshire: Harvester Wheatsheaf, 1993, p.38.

[540] O conceito de testemunho da Epistemologia é bem amplo, veja-se, p. ex.: "testimony, in our broad sense, can occur through an extensive range of types of spoken and written means of purportedly factual communication, including telephone calls, e-mails and personal letters, lectures and radio broadcasts, newspapers, textbooks and encyclopedias, personal diaries, and public records of all kinds. But the central paradigm – what started the whole communication thing off - is surely that of face-to-face spoken encounter, when one person tells something to another, thereby intending and hoping to share her knowledge with her audience.". FRICKER, Elizabeth. Second-hand knowledge. **Philosophy and Phenomenological Research**, 73 (3): 592–618, 2006, p. 592. Daí porque parece autorizada alguma aproximação do tratamento das informações adquiridas por meio dele, com aquelas adquiridas a partir do fato de estar inserido em uma determinada comunidade; sobretudo porque, como se verá mais adiante, o senso comum não ingressa na valoração da prova com o propósito de adquirir, isoladamente, a condição de conhecimento.

[541] BRAGA DAMASCENO, Fernando. A Constituição e a valoração da prova judicial: entre a indiferença e um mandamento de redução do risco de erro. **ReJuB - Revista Judicial Brasileira**, v. 1 n. 1. p. 37 – 59. Brasília: ENFAM, 2021, p. 48.

Daí que as preocupações relacionadas à sua confiabilidade (solidez ou segurança), *ainda que só em parte*, coincidem com aquelas que se voltam a credenciar o testemunho como fonte de conhecimento. A epistemologia do testemunho (que pode ser compreendida como uma epistemologia e um conhecimento de segunda mão) se debruça sobre isso, principiando pelas questões relacionadas à possibilidade de um testemunho ou a informação repassada por um terceiro (falante) adequar-se ao conceito de conhecimento (*episteme*).

Esse debate se dá entre dois polos bem demarcados: a corrente presuntivista (ou não-reducionista) e a corrente não-presuntivista (ou reducionista)[542].

Seguindo uma abordagem presuntivista, ter-se-ia por admissível o informe se ausente qualquer razão que lhe fosse contrária (que a derrotasse ou a enfraquecesse). Já uma abordagem não presuntivista terminaria por exigir razões positivas (de fonte diversa) para que o informe/testemunho pudesse ser admitido como conhecimento e poder ser empregado na sequência do raciocínio. Nosso Sistema não parece compatível com nenhuma versão mais radical dessas correntes: não há como entender que o julgador está sempre autorizado a incorporar e seguir operando com uma informação, qualquer que seja sua natureza ou origem — de uma testemunha ou de um documento examinados diretamente,*ou mesmo de sua percepção sobre o senso da sua comunidade*—só porque não há outra que com ela seja incompatível; tampouco que tenha que a descartar quando não encontrar reforço em alguma fonte de outra espécie, o que equivaleria à necessidade de se provar todas as generalizações.

Uma informação fornecida por um dado elemento de prova ou mesmo adquirida pelo julgador inserido em sua comunidade não pode simplesmente ser recusada ou admitida como verdadeira, porque, como dito há pouco, o aval para seguir no raciocínio não se dá segundo um código binário do tipo «suficiente para garantir a inferência»/«insuficiente para garantir a inferência». Aliás, a palavra de ordem na valoração é a prudência, incompatível tanto com o presuntivismo ingênuo, como com não-presuntivismo cético: admitir ou rejeitar, sem maiores reflexões, como que operando uma via de escape (ao invés de uma válvula), não é agir de maneira prudente. Assim, não parece válido simplesmente recorrer a uma ou outra corrente como justificativa para admitir ou descartar uma determinada informação de mundo, parecendo também ambas insuficientes para a conformação um critério prático — objetivador

---

[542] Carmen Vasques e Vitor Paula Ramos, cuidando respectivamente da validação das informações repassadas por peritos e por testemunhas em geral abordam as correntes epistemológicas que cuidam do assim chamado "conhecimento de segunda mão.". VÁZQUEZ, Carmen. **Prova pericial:** da prova científica à prova pericial. Trad. Vitor de Paula Ramos. Salvador: Juspodivm. 2021.; RAMOS, Vitor de Paula. **Prova testemunhal:** do subjetivismo ao objetivismo. Do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. Com mais profundidade: LACKEY, Jennifer. **Learning from words:** testimony as a source of knowledge. Oxford: Oxford University Press, 2008.

—, sendo, aliás, talvez até mais propício para camuflar um subjetivismo do tipo "(des)acredito sempre que cismo". Ademais, dizer que se precisa de razões (originada de fonte diversa) para aceitar pode terminar tendo o mesmo sentido de que se precisa de razões para não aceitar, notadamente quando nada se diz em relação à natureza/qualidade dessas razões acreditadoras e sobre se a ausência de razões desacreditadoras — após alguns testes/críticas/intensa reflexão — poderia configurar-se na melhor razão acreditadora que se poderia obter.

Perceba-se, aliás, que em relação ao valor da prova testemunhal, a corrente que ali venha a se filiar a um não-presuntivismo e terminerecorrendo primeiro à verificação da existência de prova material acreditadora do testemunho, termina, paradoxalmente, tornando-se ingênua em relação a esta outra espécie, que seria vista, na partida, como melhor, o que merece alguma ressalva, notadamente porque está longe de ter uma vantagem relacionada ao seu potencial ilusório.

Assim, o Sistema parece rejeitar a figura do juiz cético — que não confia no seu estoque de conhecimento de mundo, nos seus sentidos e na sua capacidade intelectual —, assim como do juiz ingênuo-crédulo (ou demasiado autoconfiante), que não se autoquestiona e que confia excessivamente nessas suas aptidões.

Mas, então, como resolver esse paradoxo? Como aplicar uma informação que o julgador não sabe exatamente como soube, ou seja, que não consegue dar-lhe o "estatuto" epistemológico de conhecimento? A saída está justamente na própria "epistemologia falibilista", que o sistema parece ter em alguma medida incorporado: as informações de mundo do senso comum (candidatas a garantia da inferência probatória) podem ser consideradas uma espécie de "conhecimento provisório", ou seja, podem, após um monitoramento — a verificação do preenchimento de determinados critérios —, ser admitidas provisoriamente como um conhecimento justificado, adequado a uma determinada finalidade.

Daí porque se propõe aqui se deva monitorar a generalização candidata à garantia, tal qual se monitora um testemunho qualquer, buscando sua coerência, plausibilidade, base empírica, sua compatibilidade com generalizações apoiadas na Ciência etc. O fato de se tratar de um "testemunho" difuso, informal, pulverizado, assistemático, não configura um problema intransponível se se pensa que a informação não precisa preencher um ideal abstratamente concebido, mas apenas estar adequada a uma finalidade, o que remete aos diversos tipos de usos que a generalização pode assumir, ou seja, aos diversos graus de relevância ou determinabilidade com que pode operar.

Essa ideia de monitoramento (*monitoring*) pode ser compreendida como é a operação,

mascada pela assunção, por parte do "ouvinte", de uma postura crítica, marcada pela busca de sinais de inconfiabilidade de uma dada informação em processo de aquisição. Registre-se que, ao contrário do conceito de monitoramento adotado pela Epistemologia, que se volta à definição sobre se uma dada informação adquirida de um "falante" poderá ser validada epistemicamente, e adquirir o status de conhecimento, aqui, o monitoramento servirá muito mais para graduar a força de uma dada inferência isolada.

O que se compartilha com a Epistemologia é a ideia de que o monitoramento reclama um "estado operacional de estar consciente por parte do monitorador", que não pode corresponder "a um estado operativo que possa se manifestar automática e inconscientemente"[543].

Taruffo, não obstante, considere o senso comum um caldo cultural[544], formula o que chama de regras de uso para as máximas da experiência, que teriam a aptidão de conferir racionalidade ao seu emprego (ou menos irracional), contendo o risco de erro inerente[545].

---

[543] SILVA, Ronaldo Miguel da. **Epistemologia do Testemunho:** uma análise crítica à tese do reducionismo local. Tese de doutorado junto à Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS, Porto Alegre, 2016.

[544] Com efeito, nada pode ser considerado verdadeiro ou moralmente aceitável só porque muitas pessoas assim entendem. Assim, Taruffo: "il sostanziale fallimento del tentativo di razionalizzare gli aspetti non giuridici del ragionamento del giudice attraverso il concetto di massima d'esperienza lascia però intatto ed irrisolto il problema di fondo, che è quello di individuare un fondamento o una giustificazione del ricorso che il giudice inevitabilmente fa alle nozioni e ai criteri che fanno parte dell'esperienza comune. Le osservazioni appena svolte portano ad escludere che tale fondamento o giustificazione possa essere ritrovata nella forma logica o nella validità epistemica di queste nozioni o di questi criteri, per la buona ragione che nella stragrande maggioranza dei casi essi non hanno una forma logica specifica né una base conoscitiva ben definita (e sarebbe erroneo e fuorviante attribuire ad essi forme logiche determinate in astratto o contenuti conoscitivi attendibili). In effetti, nulla può ritenersi vero o moralmente accettabile solo perché molte persone lo credono. TARUFFO, Michele. Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile,** Anno LV, n. 3. p. 665- 695. 2001. p. 685.

[545] "Allora, però, il fondamento dell'uso - da parte del giudice (elle nozioni tratte dall'esperienza va ricercato altrove. Questo « al-rove » può essere individuato soprattutto attraverso due indicazioni di metodo: a) la verifica empirica dell'attendibilità delle nozioni dell'esperienza comune sulla base delle conoscenze scientifiche disponibili, ma anche l'esclusione di quelle nozioni che risultino contraddette o falsificate dalla scienza; b) in ogni caso, ed in particolare quando altri controlli di veridicità non siano possibili, la verifica della condivisione intersoggettiva delle nozioni che il giudice intende usare. La prima indicazione rinvia all'impiego della scienza (su cui v. il n seguente). La seconda indicazione è particolarmente importante sia erché opera anche (e ssoprattuto) quando no è possibile una rerifica empirica delle nozioni tratte dall'esperienza, sia perchè porta a sottolineare che queste nozioni tratte dall'esperienza, sia perché porta a sottolineare che queste nozioni non vegono estratte dal giudice da un repertorio precostituito di « dati veri » la cui attendibilità è in qualche modo presupposta e garantita a priori. Al contrario, il riferimento all'esperienza e alla background knowledge che questa può fornire implica, da parte del giudice, un procedimento dinamico di ricerca e di controllo (si potrebbe dire di trial and error) finalizzato a scegliere quelle nozioni che appaiono dotate di un sufficiente grado di attendibilità e di un grado adeguato di accettazione e di consenso diffuso. In sostanza, il giudice per primo deve sottoporre a controllo critico le nozioni che l'esperienza e il senso comune gli forniscono, verificando il fondamento di accettibilità di queste nozioni. Ogni volta che al riguardo sorgano dubbi (ad es. perché le parti del processo sollevano contestazioni o suggeriscono di far ricorso ad «altri» criteri di giudizio o a nozioni diverse), il giudice dovrà approfondire la sua indagine andando alla ricerca di nozioni più attendibili, e maggiormente anchored nella cultura che rappresenta il contesto in cui la decisione deve inserirsi. In sostanza, ciò che appare indispensabile è che il giudice svolga un controllo di validità intersoggettiva delle nozioni che intende adoperare,

Seguir-se-á aqui uma pauta inspirada (não só) nessas regras de Taruffo[546], para expor um método para o monitoramento e validação das generalizações candidatas à garantia da inferência probatória, que se mostraria adequado ao Sistema[547].

a) a explicitação da generalização como primeiro passo

Defendeu-se mais acima que o Sistema de Valoração da prova impõe ao julgador: *i*) um agir consciente voltado à resistência à persuasão, depurando o potencial (meramente) retórico do argumento e contendo o caráter expansivo (ou alucinatório) da evidência; e *ii*) uma abordagem analítica da prova, tomando consciência das razões que ligariam cada evidência à probanda respectiva, isso porque o julgador tem que saber como soube e tem que saber dizer que aquela contribui para a admissão (ou rejeição) desta.

É necessário, pois, uma redução da velocidade, que permita uma reflexão crítica capaz de fazer emergir[548] aquilo que estaria se candidatando a servir como garantiria da inferência, sendo certo que a forma natural de o ser humano pensar apresenta gera uma tendência que o emprego da garantia se dê inconscientemente ou entimemático, como já visto nos itens I.3.1 e I.4.2.

Alan Limardo registra que essa explicitação só poderia ser exigida em certa medida, de sorte que a utilização consciente e refletida de absolutamente todas as garantias geraria um regresso ao infinito[549], daí a importância do contraditório.

b) verificação do caráter intersubjetivo (ou de integrante do senso comum) da generalização

Assegurar-se que a generalização está amparada no senso comum é medida necessária à objetivação da valoração da prova e impõe ao julgador um exercício de autorreflexão, voltado a depurar seus palpites, preconceitos e suas idiossincrasias, de modo a se assegurar se

---

poiché solo in questo caso il ricorso a nozioni extragiuridiche può aspirare almeno ad un livello apprezzabile di ragionevolezza (se non di razionalità formale) e può sfuggire ai rischi più gravi di arbitrio soggettivo mascherato da ricorso all'esperienza comune.". Ibidem, p. 686.

[546] TARUFFO, Michele. **Consideraciones sobre las máximas de la experiência**.Páginas sobre Justicia Civil. pp. 439-453. Madrid, 2009, p. 451 e ss.

[547] Francisco Rosito também apresenta sua pauta para o "controle das máximas da experiência.". ROSITO, Francisco. **Direito probatório**. As máximas de experiência em juízo. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007, p. 118 e ss.

[548] "[...] en los procesos judiciales las consecuencias son mucho más graves que en nuestra vida diaria, podría pensarse que se reduciría el riesgo inherente al uso de generalizaciones si se las explicita para ser objeto de análisis y crítica. De este modo, se formularía un cuarto criterio que establezca que: (iv) las generalizaciones que emplean las partes y el juez deben ser explicitadas en la mayor medida posible; en particular, cuando (a) ha existido contradicción entre las partes, directa o indirectamente, sobre alguna/s de ella/s, y (b) cuando un decisor sobre los hechos epistémicamente responsable estime que la/s generalización/es involucradas posee/n una importancia particular.". LIMARDO, Alan. Repensando las máximas de experiência. Quaestio facti. **Revista internacional de razonamiento probatorio**. Num. 2., p. 115-153, 2021, p. 149.

[549] "Sin embargo, también es certo que es prácticamente imposible explicitar con precisión todos los pasos y componentes de nuestros argumentos. De hecho, en general en nuestro día a día, solemos enunciar las garantías que nos permiten dar el paso de los datos a la conclusión cuando somos desafiados a hacerlo.". Idem, p. 149.

se trata de uma generalização absorvida pelo conhecimento da comunidade, ou se não se trata de uma generalização eventualmente criada (pela parte ou por si mesmo) exclusivamente para aquele caso (uma generalização *ad hoc*).

c) a verificação da solidez da máxima da experiência

Faz-se necessário, também, depurar as chamadas as generalizações espúrias, entendidas como as que não possuem nenhuma base empírica (ou as que se consegue demonstrar a ausência de qualquer base empírica), conformando-se em mitos, tabus, preconceitos incorporados pela comunidade. Assim também defendeTaruffo: "[...] está claro que no se deben emplear máximas que se refieran a generalizaciones espurias, que sean falsas o carezcan de cualquier fundamento controlable. Mucho menos se deben emplear máximas que resulten carentes de alguma base cognoscitiva, o que resulten evidentemente fundadas en prejuicios y lugares comunes no verificados." (?)

Limardo primeiro defende que uma generalização para ser epistemicamente útil deveria possuir um apoio empírico sólido, mas, depois, meio que se contradizendo, afirma que podem existir casos em que a ausência de demonstração da falta de apoio empírico, combinada com o não surgimento de uma generalização concorrente, seria suficiente validar seu emprego na inferência probatória[550]; o que parece correto, na medida em que se se for rigoroso com a ideia de fundamentação empírica sólida, não seria possível empregar conhecimento de senso comum algum.[551]

d) a busca de generalizações concorrentes

A mesma ideia que estrutura a probabilidade lógica, de que não vale tanto as confirmações, mas as tentativas de falseamento, impõem ao julgador a busca de generalizações concorrentes, de regularidades de mundo relacionadas ao caso, que podem expor relações diversas entre a evidência e a *probanda* e/ou gerar hipóteses, ou teorias explicativas concorrentes com a que conforma o objeto da prova. Para Taruffo, não é possível

---

[550] "[…] que una generalización para ser epistémicamente útil debiera poseer apoyo empírico sólido." (...) "también (a) pueden existir casos en los que pueda argumentarse y sostenerse que una generalización cuyo fundamento se desconoce sea aceptada como válida, (a1) siempre y cuando no sea confrontada por otra generalización válida, (a2) y no se acredite su falta de apoyo empírico.". LIMARDO, Alan. Repensando las máximas de experiência. In Quaestio facti. **Revista internacional de razonamiento probatorio**. Num. 2., p. 115-153, 2021, p. 150.

[551] Mesmo os que defendem a aferição da força probatória com base na probabilidade estatística, também se preocupam com o que chamam de falsas generalizações. Nesse sentido, "A false generalization is unacceptable because membership in the reference class does not increase the probability of membership in the target class, ab non-robust generalization is unacceptable because it uses a reference class that is too heterogeneous, a bias-triggering generalization is unacceptable because decision makers are inclined to overestimate the probability of membership in the target class, and a discriminating generalization is unacceptable because it puts members in the reference class at a morally unacceptable disadvantage.". DAHLMAN, Cristian. Unacceptable Generalizations in Arguments on Legal Evidence, Journal: **Argumentation**, 31, pp 83-99, 2016, p. 86.

validar uma generalização se sua aplicação no caso concreto for contraditada por outra, de sorte que, quando isso ocorre, nenhuma delas poderia garantir a inferência; fazendo-se necessário buscar uma terceira generalização — caso exista —, que apresente fundamento mais sólido[552]. Limardo chama a atenção para o fato de que há uma eleição (ainda que inconsciente) de uma generalização dentre tantas possíveis: "[...] de manera que la dirección de la generalización, en definitiva, se trata de una elección. Así, deberíamos ser capaces de justificar racionalmente esa preferencia".

Por sua vez, Dahlman chama a atenção para o que considera uma falsa generalização: a existência de antecedentes específicos do acusadoincrementaria a probabilidade de ser este o autor de uma dada conduta criminosa.Para ele a condenação anterior só pode ser tomada como uma razão em prol da admissão da autoria se se puder afirmar que entre os genuinamente culpados há proporcionalmente mais «acusados com condenações anteriores» que entre os acusados em geral. Ou seja, mesmo que seja verdadeira uma generalização de mundo do tipo «o sujeito com antecedentes específicos em relação à conduta do tipo *A* incrementa as chances de ser o seu autor da conduta A_1», porque, em geral, os indivíduos que optam por esse tipo de criminalidade, mesmo que descobertos, processados e punidos, têm mais chance de voltar a praticá-la que um indivíduo aleatoriamente considerado, deve-se pensar que a mesma informação (condenação anterior por *A*) pode ser significada com *base numa generalização concorrente*: a polícia costuma utilizar a lista de condenados por *A* para dar início a investigações e costuma dirigi-las no sentido de amealhar elementos que confirmem a hipótese inicial, de sorte que a vantagem que conferia a prova dos antecedentes pode restar anulada, isso porque a proporção dos reincidentes específicos entre os genuinamente culpados pode ser menor que entre os acusados em geral (inocentes investigados/acusados + culpados). Considerar uma generalização do tipo poderia reclamar, por exemplo, uma prova de que a Polícia não considerou sua condição de reincidente específico para encetar a investigação.[553]

e) *a compatibilidade com o conhecimento científico*

As informações de mundo que integram o senso comum, para serem utilizadas, não podem ser incompatíveis com o conhecimento produzido pela Ciência: "[...] una máxima de la experiencia no puede emplearse si está contradicha por los conocimientos científicos

---

[552] TARUFFO, Michele. **Consideraciones sobre las máximas de la experiência.**Páginas sobre Justicia Civil. pp. 439-453. Madrid, 2009, p. 452.

[553] DAHLMAN, Cristian. Unacceptable Generalizations in Arguments on Legal Evidence, Journal: **Argumentation**, 31, pp 83-99. 2016. p. 90 e ss.

disponibles. Está claro, em efecto, que el sentido común o la cultura media no pueden prevalecer sobre datos cognoscitivos cientificamente confirmados ..."[554].

f) a verificação da proscrição do uso da máxima da experiência pela ordem jurídica

Pode acontecer que o uso da máxima seja incompatível com a própria ordem jurídica, que pode proscrevê-la quando fornece tratamento jurídico distinto para as categorias em que se enquadram o *factum probans* e a *probanda*. Assim, ainda que haja uma generalização que relacione a categoria *A* à categoria *B*, a ordem jurídica pode prever tratamento diverso para cada uma delas, o que impede a aplicação da consequência prevista pra *B* quando se teve apenas A_1; ou seja, o julgador não poderá recorrer a uma normalidade de mundo, que permite relacionar *A* e *B* para passar de A_1 para B_1.

Ademais, não podem ser validadas generalizações que se mostrarem incompatíveis com os princípios estruturantes da ordem jurídica. Assim, por exemplo, não se poderia utilizar o fato de que a suposta vítima estava vestida de um modo "provocante" para apoiar a conclusão de que ela consentiu com a relação sexual, ainda que isso se baseie no senso comum e ainda que não tenha sido revelada a ausência de base empírica. Nesse sentido, Limardo:

> […] en principio, aquella generalización de mayor solidez debería prevalecer en la ponderación, pueden existir casos (por ejemplo, generalizaciones cuyo antecedentes puedan ser categorías «sospechosas» como aquellas basadas en cuestiones de género) en los cuales debamos inclinarnos a descartar, a priori, esa clase de generalizaciones por – paradójicamente – la existencia de una generalización «compensatoria» … que nos indica que esa clase de generalizaciones suelen camuflar consideraciones de otras clases — i.e., prácticas discriminatorias— que nos llevarían a resultados moralmente inadecuados. "De este modo, ... las generalizaciones relevantes pueden ser desplazadas cuando existan razones fuertes para sospechar que su utilización nos llevará a conclusiones moralmente inadecuadas. [555]

g) a adequação entre a solidez e a relevância (ou determinabilidade) da generalização

Essa, aliás, é a primeira regra de Taruffo, que defende que a generalização não pode

---

[554] TARUFFO, Michele. **Consideraciones sobre las máximas de la experiência**. In Páginas sobre Justicia Civil. pp. 439-453, Madrid, 2009, p. 452.

[555] Dahlman dá o exemplo de uma generalização que teria base empírica sólida, mas que violaria a condição de ser humano de um determinado grupo: I will now investigate a fourth ground that is moral in nature—the notion that a generalization can be unacceptable categorically because it discriminates people that belong to the reference class in an unfair way. This would justify why the generalization in argument (A4) ''Somali origin as evidence for guilt'' should be classified as unacceptable. It is important to notice that we are now talking about acceptability in the categorical sense. We have seen above that (A4) can be classified as unacceptable non-categorically due to lack of robustness. We can now move one step further and classify (A4) as categorically unacceptable on the grounds of discrimination. (DAHLMAN, Cristian. Unacceptable Generalizations in Arguments on Legal Evidence, Journal: Argumentation, 31, pp 83-99. 2016. p. 97)

projetar (relevância) um valor maior que o seu fundamento. Assim, se uma generalização não conduz a uma máxima que tenha realmente um valor geral, não pode ser tratada como se expresasse uma "lei" geral, ou seja, não se pode igualar um usualmente (ou às vezes) sucede *X* a um sempre sucede X.[556].

3.4.3 A validação do conhecimento científico: a necessidade do expert como regra

Integrar o senso comum é, assim, uma espécie de credencial para que o conhecimento-de-mundo seja aplicado no raciocínio. A ausência dessa validação pelo senso comum, a princípio, impede sua aplicação pelo julgador, já que isso surpreenderia as partes, uma vez que não se mantém a presunção de que elas também compartilhariam tais saberes**.**

Dessa forma, se se trata de conhecimento desenvolvido e consolidado no âmbito da Ciência, mas que já incorporou o senso comum (v. g. a água ferve a 100 graus Celsius ao nível do mar), formando uma espécie de versão popular sua, presumindo-se o conhecimento pelos demais protagonistas do processo, viabilizada está sua aplicação direta no raciocínio probatório pelo julgador.

Do contrário, não integrando o senso comum, tratando-se de conhecimento compartilhado *exclusivamente* entre especialistas, sua aplicação depende que se recorra a um meio de prova peculiar: a prova pericial (CPC-375).

Assim, mesmo que o julgador mergulhasse numa pesquisa em artigos científicos, com vistas a obter o «conhecimento de mundo» necessário a garantir a ancoragem dos enunciados «sob admissão para seguir no raciocínio», o emprego das respectivas generalizações diretamente na inferência probatória estaria vedado pelo legislador[557]. É que o legislador desenvolveu meio específico para a incorporação ao raciocínio probatório das regras da experiência técnico-científicas (não incorporadas ao senso comum): a chamada *prova pericial*[558].

---

[556] TARUFFO, Michele. Consideraciones sobre las máximas de la experiência. In Páginas sobre Justicia Civil. pp. 439-453. Madrid. 2009, p. 451.

[557] "Ao negar às partes esse meio de prova e surpreendê-las com conclusões próprias, o juiz impede-as de participar da instrução, formulando quesitos, discutindo as respostas, propondo outras, criticando o laudo ou o próprio perito etc. Tanto quando o juiz-testemunha, o juiz-perito é recusado pelo sistema ... Ainda quando, ocasionalmente, o juiz possuir conhecimentos específicos sobre as questões de fato, que requerem visão técnica ou científica, a perícia não pode ser dispensada, pois o juiz, eu preside a produção da prova, não será, necessariamente, o sentenciante, ou, ainda quando isso acontecer, o processo, em grau de recurso, se submeterá ao julgamento de outros magistrados sem idêntica qualificação." (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Fatos notórios e máximas de experiência. Revista forense. v. 100, n. 376, p. 3–10. 2004, p.9-10.)

[558] Art. 464. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação. §1º O juiz indeferirá a perícia quando: I - a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico; §2º De ofício ou a requerimento das partes, o

Nesse sentido, também segue a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça[559]

---

juiz poderá, em substituição à perícia, determinar a produção de prova técnica simplificada, quando o ponto controvertido for de menor complexidade. §3º A prova técnica simplificada consistirá *apenas na inquirição de especialista, pelo juiz, sobre ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico.* §4º Durante a arguição, o especialista, que deverá ter formação acadêmica específica na área objeto de seu depoimento, poderá valer-se de qualquer recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens com o fim de esclarecer os pontos controvertidos da causa. (...) 466, §2º - O perito deve assegurar aos assistentes das partes o acesso e o acompanhamento das diligências e dos exames que realizar, com prévia comunicação, comprovada nos autos, com antecedência mínima de 5 (cinco) dias. (...) Art. 468. O perito pode ser substituído quando: I - faltar-lhe conhecimento técnico ou científico; (...) Art. 472. O juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato, *pareceres técnicos* ou *documentos elucidativos* que considerar suficientes. (...) Art. 473. O laudo pericial deverá conter: I - a exposição do objeto da perícia; II - a análise técnica ou científica realizada pelo perito; III - a indicação do método utilizado, esclarecendo-o e demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área do conhecimento da qual se originou; IV - resposta conclusiva a todos os *quesitos* apresentados pelo juiz, pelas partes e pelo órgão do Ministério Público. § 1º No laudo, o perito deve apresentar sua fundamentação em linguagem simples e com coerência lógica, indicando *como alcançou* suas conclusões. § 2º É vedado ao perito ultrapassar os limites de sua designação, bem como emitir opiniões pessoais que excedam o *exame técnico ou científico do objeto da perícia*. § 3º Para o desempenho de sua função, o perito e os assistentes técnicos podem valer-se de todos os meios necessários, *ouvindo testemunhas, obtendo informações, solicitando documentos que estejam em poder da parte*, de terceiros ou em repartições públicas, bem como instruir o laudo com planilhas, mapas, plantas, desenhos, *fotografias* ou outros elementos necessários ao esclarecimento do objeto da perícia.(...) Art. 475. Tratando-se de perícia complexa que abranja mais de uma *área de conhecimento especializado*, o juiz poderá nomear mais de um perito, e a parte, indicar mais de um assistente técnico.(...) Art. 479. O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença *os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito.* rt. 480. O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova *perícia quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida.* § 1º A segunda perícia tem por objeto os mesmos fatos sobre os quais recaiu a primeira e destina-se a corrigir eventual omissão ou inexatidão dos resultados a que esta conduziu. § 2º A segunda perícia rege-se pelas disposições estabelecidas para a primeira. § 3º A segunda perícia não substitui a primeira, cabendo ao juiz apreciar o valor de uma e de outra.

Para maior aprofundamento: AVELINO, Murilo Teixeira. O controle judicial da prova técnica e científica. Salvador: Juspodivm. 2018; KNIJNIK, Danilo. Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro. São Paulo. 2018; ALMEIDA, Diogo A. R.. A prova pericial no processo civil: o controle da ciência e a escolha do perito. Rio de Janeiro: Renovar. 2011.

[559] Pesquisa feita em 3/1/23 com os termos "REGRAS DA EXPERIÊNCIA" e “PROVA” e “VALORAÇÃO” resultou em 4 acórdãos a seguir ementados: (*i*) AGRAVO INTERNO. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE E ATO JURÍDICO PERFEITO (…) TESE ACERCA DE INCORREÇÃO DA EVOLUÇÃO DAS PRESTAÇÕES E DE QUE AS CLÁUSULAS CONTRATUAIS VISAM, DE MODO DISCRIMINATÓRIO (SEM RESPALDO ATUARIAL), A INVIABILIZAR A PERMANÊNCIA DOS IDOSOS. *QUESTÕES TÉCNICAS. JULGAMENTO DA CAUSA, SEM PRODUÇÃO DE PERÍCIA ATUARIAL, PARA AFERIR O PRÓPRIO FATO CONSTITUTIVO DE DIREITO DA PARTE AUTORA. IMPOSSIBILIDADE*. (...) 4. "Registre-se que, na vigência do CPC/2015, o art. 375 do Códex estabelece que o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras da experiência técnica, 'ressalvado, quanto a estas, o exame pericial'. *As regras da experiência técnica devem ser de conhecimento de todos, principalmente das partes, exatamente porque são vulgarizadas; se se trata de regra de experiência técnica, de conhecimento exclusivo do juiz ou 'apanágio de especialistas', que por qualquer razão a tenha (o magistrado também tem formação em atuária, por exemplo), torna-se indispensável a realização da perícia. Essa é a razão pela qual se faz a ressalva, no final do texto, ao exame pericial.* (...) (AgInt no REsp 1805828/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/06/2019, DJe 25/06/2019).

(*ii*) AGRAVO INTERNO. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE E ATO JURÍDICO PERFEITO (…) *QUESTÕES TÉCNICAS. JULGAMENTO DA CAUSA, SEM PRODUÇÃO DE PERÍCIA ATUARIAL. IMPOSSIBILIDADE. …* (AgInt no REsp 1805598/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/06/2019, DJe 11/06/2019).

(*iii*) RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. VALORES APONTADOS EM BALANÇO PATRIMONIAL DE SOCIEDADE LIMITADA. TEORIA DA CAUSA MADURA. INAPLICABILIDADE. PERÍCIA CONTÁBIL. NECESSIDADE. (...) 4. *Ocorre que a análise dos balanços contábeis da empresa depende de conhecimentos técnicos específicos, sendo matéria que escapa às regras da experiência comum do*

Segundo referido meio de prova, a experiência sensorial do julgador se dará sobre um laudo, acompanhado de outros documentos, e/ou sobre um testemunho que, por sua vez, são fruto de uma experiência sensorial de um terceiro (perito) sobre um exame a que foi submetida a evidência (candidata a vestígio do crime); o julgador, assim, deverá verificar se o conhecimento de mundo empregado pelo perito (e que se candidata a migrar para o raciocínio probatório) respeitou o método científico.

Carmen Vasques aborda a valoração da prova pericial com profundidade, buscando situá-la entre dois modelos-limite: um modelo *educacional*, onde o próprio julgador seria o especialista, credenciado para validar o conhecimento científico e realizar os exames técnicos, e um modelo *deferencial*, onde as questões técnicas (exames e incorporação de generalizações de mundo amparadas exclusivamente na Ciência) seriam resolvidas exclusivamente pelo perito, cabendo ao julgador tão somente adotá-las, sem qualquer crítica[560].

Nossa ordem jurídica adotou posição intermediária: nem dá a autonomia ao julgador para validação do conhecimento técnico/científico, tampouco para o exame, nem deixa o perito como o senhor dessa "decisão", na medida em que coloca aquele como controlador ou*gate keeper*".

Observe-se que a prova pericial apresenta uma estrutura peculiar: o perito é testemunha (num sentido mais lato) tanto do «conhecimento de mundo» que deve embasar seu raciocínio, como dos fatos que presencia (exames p. ex.); por vezes, o perito é

---

magistrado. 5. A matéria relativa à natureza jurídica do valor cobrado na presente ação é de fato, está controvertida, e demanda instrução probatória, com a realização de perícia por profissional habilitado, a qual, aliás, foi requerida oportunamente pelas partes. 6. Recurso especial provido. (REsp 1324681/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/04/2013, DJe 15/04/2013).

(*iv*) PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. ÁREA NON AEDIFICANDI. INDENIZAÇÃO FIXADA PELOS CRITÉRIOS DE EXPERIÊNCIA DO JUÍZO. ARTS. 436 E 335, DO CPC. IMPOSSIBILIDADE. LAUDO PERICIAL TECNICAMENTE INSUFICIENTE. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 27, DO DECRETO-LEI N.º 3.365/41. NULIDADE DA PERÍCIA E DOS ATOS SUBSEQÜENTES. (...)4. O juiz não está adstrito ao laudo pericial, consoante do disposto no art. 436, do CPC, "podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos." Não obstante, as regras de experiência não podem ser aplicadas pelo julgador quando a solução da lide demandar conhecimentos técnicos sobre o tema, conforme dicção o art. 335, do CPC, verbis: "Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.**"** 5. Consectariamente, acaso o juiz entendesse pelo desacerto do laudo pericial oficial que fixou a indenização devida aos demandantes ante a imposição de limitação administrativa que considerou a área de que são titulares do domínio como non aedificandi, caberia a ele determinar a realização de nova perícia**.** 6."É verdade que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos (art. 436 do CPC). Não é menos verdade, entretanto, que o laudo, sendo um parecer dos técnicos que levaram a efeito a perícia, é peça de fundamental importância para o estabelecimento daquela convicção. (...) (REsp 750.988/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/08/2006, DJ 25/09/2006, p. 236)

[560] VÁZQUEZ, Carmen. Prova pericial: da prova científica à prova pericial. Trad. Vitor de Paula Ramos. Salvador: Juspodivm. 2021.

documentador — ele pode (e até mesmo deve) documentar esses exames que o realiza (fotos, vídeos, relatórios, cópias de outros documentos, como manuais de equipamentos utilizados etc.). E o seu testemunho apresenta uma peculiaridade na abordagem, justamente porque seu conteúdo não se limita a fatos concretos experimentados diretamente, englobando, como se disse, as informações de mundo que não são de sabença geral.

Questão que remanesce agora é sobre se o próprio ordenamento excepciona a regra da «necessidade de um perito para a validação do conhecimento científico não incorporado ao senso comum». Embora sobressaia da literalidade da norma (CPC-375), esta regra parece se chocar com o próprio ordenamento, no que diz àquele conhecimento de mundo que não integra o senso comum, mas que é, ou deveria ser, de conhecimento obrigatório pelo julgador, por força justamente de encargos que o ordenamento lhe impõe, como o de valorar a prova testemunhal, meio de prova específico (e excludente da prova pericial). Carmen Vasquez supera isso como se se tratasse de uma obviedade[561].

É que a Ciência, buscando justamente melhorar a valoração dessa espécie de prova, voltou-se ao estudo da prova testemunhal, buscando uma melhor compreensão sobre como funciona a percepção e, sobretudo, a memória — registro, armazenamento e resgate—, produzindo conhecimento sólido desmitificando muito do senso comum.

Indaga-se então: seria necessária uma perícia psicológica para municiar o julgador de conhecimento de mundo necessário à valoração da prova testemunhal? O julgador não teria que dominar os conhecimentos desenvolvidos pela psicologia do testemunho – mesmo que estes ainda custem a integrar o senso comum? Esse conhecimento já não deveria integrar o "senso comum judicial"? Não se poderia presumir que ao menos os advogados o conhecem?

São questões ainda em aberto na medida em que a processualística não se debruçou sobre elas. Há, todavia, alguns caminhos que podem ser percorridos:

a) disse-se acima que, no monitoramento das generalizações de senso comum, buscando depurar as chamadas generalizações espúrias, o julgador deveria buscar seu fundamento empírico e sua "incompatibilidade" com o conhecimento científico, ou seja, se não haveria já conhecimento seguro que pudesse gerar algum indicativo de inconsistência (ausência ou baixa solidez da generalização);

b) a previsão da prova testemunhal ao lado da prova pericial pode ser tomada como razão para se admitir que aquela exclui essa; se o objeto de exame for a memória de uma pessoa, não se recorrerá à prova pericial, por diversas razões éticas (a mente do ser humano

---

[561] VÁZQUEZ, Carmen. Prova pericial: da prova científica à prova pericial. Trad. Vitor de Paula Ramos. Salvador: Juspodivm. 2021, p. 290 e ss.

não pode ser vista simplesmente como objeto de um exame, ele de certa forma, deve ser visto como um sujeito em colaboração com o Judiciário) e epistêmicas (não há como cindir o exame da testemunha e o do testemunho, já que as condições associadas a sua confiabilidade estão imbricadas, não podem ser cindidas em uma valoração da narrativa e uma valoração da fonte).

Assim porque se adere à ideia de que, tratando-se de um meio de prova típico, cujo exame fica sob o encargo do julgador e das próprias partes, entende-se que o ordenamento colocou o próprio julgador para, assumindo eventuais pontos de vistas demarcados pelas partes, valorar diretamente o testemunho, sem especialistas como intermediários. Caberia ao legislador, em determinadas situações — exame e valoração do testemunho infantil etc.— estabelecer a necessidade de convocação de profissional especializado para auxiliar na significação das respectivas provas, opinando sobre aspectos como a credibilidade etc.

É válido, pois, admitir como exceção implícita no próprio ordenamento que o julgador (assim como os advogados) devem dominar todo o «conhecimento de mundo» relacionado à aferição da confiabilidade da prova testemunhal — incluindo a prova de reconhecimento de pessoas, embora esta reclame meio/técnica peculiar —, desde aqueles saberes já consolidados pela psicologia do testemunho àqueloutros desenvolvidos no âmbito da epistemologia — especificamente da narrativista —, que traz muitos aportes que aprimoram a aferição da coerência e consistência do relato. Ademais, nada impede que as partes problematizem, levantando uma determinada questão, demonstrando a necessidade de um especialista para superá-la.

4 A EFETIVIDADE DO SISTEMA

Uma concepção garantista do Direito pressupõe uma destacada preocupação com a efetividade da norma jurídica[562], compreendida como a sua eficácia social ou sua concretização no mundo real, daí porque o garantismo se autoenquadra como uma "teoria normativista e realista"[563].

Partindo da distinção entre os planos da validade e da efetividade, o garantismo põe como questão central a divergência "entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente antigarantistas)"[564], de sorte que o Sistema reclama sua própria abertura para incorporar disciplina voltada a assegurar a aproximação entre o «ser» e o «dever ser». Assim, garantista é o sistema que se conforma normativamente como tal e que, também, o faz na sua prática efetiva[565].

Por outro lado, um sistema garantista deve ser visto como um «modelo normativo limite», que comporta graus de cumprimento, de sorte que a não correspondência entre a previsão normativa e o que é concretizado empiricamente deverá ser vista, dentro de certos limites, como uma antinomia fisiológica, e, fora destes, como patológica.

A ideia de efetividade do «Sistema de valoração da prova», assim, pode ser tomada como a medida da concretização, na praxe judicial, da disciplina abordada no capítulo

---

[562] "A efetividade relaciona-se com o cumprimento das normas jurídicas: uma norma é efetiva quando seja cumprida por seus destinatários. A efetividade é, então, uma medida de realização concreta dos efeitos calculados *in abstrato* na norma jurídica.". CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 233, p. 65-84, jul. 2014. p. 67.

[563] "Em um segundo significado, "garantismo" designa uma teoria jurídica da "validade" e da "efetividade" como categorias distintas não só entre si mas, também, pela "existência" ou "vigor" das normas. (...) Uma aproximação tal não é nem puramente "normativa" nem puramente "realista": a teoria que esta é hábil afundar, precisamente, é uma teoria da divergência entre normatividade e realidade, entre direito válido e direito efetivo, um e outro vigentes. A desenvolvida neste livro é, por exemplo, uma teoria garantista do direito penal ao mesmo tempo normativa e realista: referida ao funcionamento efetivo do ordenamento, o qual se exprime nos seus níveis mais baixos, autoriza a revelar-lhe os lineamentos de validade e sobretudo de invalidade; referida aos modelos normativos, os quais se exprimem nos seus níveis mais altos, é idônea a revelar-lhes o grau de efetividade e, sobretudo, de não efetividade.". FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer (et. al.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 684.

[564] Ibidem, p. 684.

[565] Beclaute destaca que o jurista deve preocupar-se com "plano pragmático", *in verbis*: "este nível, dada a sua amplitude, carece de estudos mais precisos. Para muitos, ele compõe o objeto da sociologia jurídica. Entretanto, é aqui onde de fato toda a produção normativa começa e se efetiva. No pragmático está o princípio e o fim da atividade jurídica. A afirmação de Andreas Joachim Kreel de que a questão da interpretação dos direitos sociais não é lógica, mas de consciência social, além de lançar o problema da efetividade das normas como uma questão extrajurídica de conteúdo eminentemente subjetivo, não leva em consideração que o próprio sistema constitucional impõe ao administrador metas a serem efetivadas. Estas determinações são jurídicas e sob o prisma devem ser analisadas, sob pena de a ciência negar seu próprio objeto. Sendo jurídico, deve se guiar pelos cânones da lógica, como se passa a expor.". SILVA, Beclaute Oliveira. Efetividade dos direitos fundamentais: análise lógico-linguística. **Repertório de Jurisprudência IOB**, n. 8, 2008, p. 331.

antecedente, que tanto pode ser aferida num caso concreto, equivalendo à aferição da própria legitimidade de um dado juízo fático-probatório, como também em relação à operação do Sistema num dado espaço de tempo e lugar.

Aqui, todavia, não se buscará conhecer diretamente (mediante uma verificação empírica) qual a medida da concretização, na praxe judicial brasileira, dos critérios (ou da disciplina) abordados no capítulo anterior. Primeiro, porque isso demandaria uma pesquisa incompatível com a dimensão e com o objeto do presente trabalho, exigindo a análise de uma amostra representativa de todos os casos difíceis de todo o Sistema de Justiça Brasileiro num dado intervalo de tempo, sem se prender a uma região, tipo de processo, ramo do Judiciário, já que nosso propósito nunca foi uma abordagem setorizada. Ademais, mostra-se de muita utilidade uma aferição indireta, a partir da verificação do próprio Sistema (normativo), quando se volta a assegurar sua própria efetividade, ou seja, enquanto disciplina atividades que se relacionam com a valoração da prova e são vocacionadas (ainda que não exclusivamente) a assegurar a concretização de suas finalidades, posto que, assim, se estaria analisando sua própria vocação para aproximar o «ser» do «dever ser». De fato, se o próprio ordenamento jurídico não se preocupa com essa aproximação, poder-se-ia desprezar a probabilidade de que ela se opere em boa medida, como decorrência de fatores aleatórios.

Em resumo, o que aqui se propõe é uma abordagem da efetividade do Sistema que permita responder a seguinte indagação: em que medida os julgadores são constrangidos ou incentivados a concretizar os parâmetros do sistema de valoração da prova e em que medida essa concretização está submetida ao chamado risco moral[566]?

Com esse propósito, tomou-se, como sendo a extensão do sistema normativo, voltada à tutela da sua própria efetividade, a previsão e disciplina:

a) da motivação do juízo fático-probatório;

b) do controle sobre o erro na valoração da prova;

c) da atualização dos saberes aplicados na praxe judicial; e

d) da abertura do sistema à identificação de fontes de erros e, consequentemente, a um aperfeiçoamento baseado nestas.

Em resumo, o grau de efetividade do sistema de valoração da prova será aqui estimado a partir de um subsistema voltado a estimular a sua própria concretização; uma espécie de disciplina normativa de segunda ordem.

A ausência de uma tutela normativa, que demonstre alguma aptidão para fazer

---

[566] Sebastian Reyes aborda o risco moral na valoração da prova judicial, confira-se: REYES, Sebastian Molina. Estándares de prueba y "moral hazard". **Nuevo Derecho**. 11, 15-35, 2015.

assegurar na prática incentivos e/ou constrangimentos a uma valoração adequada ao Sistema, termina por ser um indicativo seguro da baixa efetividade do sistema normativo, ainda que se tome em alta conta a boa vontade da magistratura brasileira.

4.1 A MOTIVAÇÃO DO JUÍZO FÁTICO-PROBATÓRIO

O dever de motivação[567] da decisão fático-probatória apresenta certa autonomia em relação ao direito à (valoração adequada da) prova, radicando-se diretamente no devido processo legal, como manifestação da garantia de publicidade dos atos jurisdicionais[568]. Assim, mesmo sem recorrer à ideia de ampla defesa, pode-se defender a necessidade de assegurar que "ninguém pode ser privado de seus bens e sua liberdade sem conhecer das razões que o julgador entendeu suficientes para tanto".

Por outro lado, parece claro que ele não esgota aí a sua funcionalidade, muito ao contrário: o dever de motivação vincula-se ao ideal garantista de controle, indispensável à contenção do arbítrio decisório.[569]Essa sua vocação opera-se em duas perspectivas — (*i*) uma endoprocessual, permitindo que a parte tome ciência das razões que o julgador entendeu como justificadoras da decisão, viabilizando o seu direito de recorrer; e (*ii*) uma extraprocessual, como uma prestação de contas para a sociedade[570]—, o que faz do dever de motivar a decisão judicial uma garantia do jurisdicionado e garantia democrática.

---

[567] Utiliza-se o termo motivação para se referir tanto à ação de motivar, de dar razões a uma decisão, como também, ao resultado dessa ação, ao texto acabado onde referidas razões estão registradas. GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos en el derecho:** bases argumentales de la prueba. Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 184 e ss.

[568] Para Antônio Magalhães Filho, a "motivação das decisões, que, estreitamente ligada à publicidade, também se caracteriza como exigência mais ampla de transparência do exercício do poder.". GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 43.

[569] Jordi Férrer dá conta de que na Espanha os juízes chegaram a ser proibidos de expor as razões de suas decisões, por se entender que isso diminuiria a autoridade do Rei (em nome de quem falavam). *In verbis* "En España, por ejemplo, llegó a estar prohibido que los jueces motivaran sus decisiones, como forma de mostrar la autoridad del Rey (en nombre de quien se impartía justicia).". FERRER BELTRÁN, Jordi. Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales. **Isonomía - Revista de teoría y filosofía del Derecho**, n.º 34, abril de 2011, p. 96.

[570] "A la tradicional función endoprocesal, según la cual la motivación de la sentencia tiene la finalidad de facilitar la impugnación y el juicio de impugnación, se agregó, de hecho, una función extraprocesal: la motivación representa, en efecto, la garantía de la controlabilidad del ejercicio del poder judicial fuera del contexto procesal, y entonces por parte del *quivis de populo* y de la opinión pública en general.". (TARUFFO, Michele. **Verdad, prueba e motivación em la decisión sobre los hechos.** México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013, p. 104). Para Badaró, "o caráter extraprocessual da motivação, ou sua função político-axiológica, é destacado pela Constituição. A garantia da motivação vem estabelecida na disciplina do Poder Judiciário, e não no capítulo dos direitos e garantias individuais, onde está a grande maioria das garantias processuais. Muito mais que uma garantia individual das partes, a motivação das decisões judiciais é uma exigência inerente ao próprio exercício da função jurisdicional." (BADARÓ, Gustavo. Vícios de motivação da sentença penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação per

Perceba-se que referidas funções podem reclamar diferentes tipos de motivação, como nos casos previstos pelas leis alemã e espanhola, que dispensam a motivação escrita mais circunstanciada no caso das partes, após anunciada a decisão com uma motivação oral concisa, renunciarem ao direito de recorrer[571].

Parece claro, daí, que a transparência, controle e contenção do arbítrio que podem ser viabilizados pela motivação dependerá de que tipo de motivação o julgador terá que construir, ou seja, dependerá dos critérios que deverão ser atendidos para considerar cumprido o dever de motivar, sendo certo que uma motivação absolutamente livre poderia vocacionar-se justamente ao contrário, assumindo uma função meramente persuasiva, servindo mais como uma cortina de fumaça que dificultaria o controle[572].

Ou seja, é (também) através da fixação dos requisitos para a motivação (e da adoção de mecanismo voltados ao atendimento deles na praxe judicial) que se pode maximizar as chances de se ter decisões (mais ou menos) transparentes, controláveis e objetivas.

4.1.1Da necessidade de se conferir uma aptidão heurística à motivação

A propósito do conteúdo da motivação, parece mesmo necessário superar a ideia de

---

relationem.**Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal**, v. 6, 2015, p. 3.). No mesmo sentido, Beclaute: "ademais, o dever de fundamentar a sentença deixou de ser mera categoria legal e assumiu o conteúdo de realizador do Estado Democrático de Direito. Esta assunção transformou o status da decisão (sentença) judicial, elevando-a a uma categoria constitucional." SILVA, Beclaute Oliveira. **A garantia fundamental à motivação da decisão judicial**. Salvador: Edições Podivm. 2007, p. 72-73.

[571]Código de processo penal alemão: "Section 267 [Reasons for the Judgment] - (1) If the defendant is convicted, the reasons for the judgment must specify the facts deemed to be proven and establishing the statutory elements of the criminal offence. So far as evidence is inferred from other facts, these facts shall also be specified. With regard to details, reference may be made to pictures which are included in the files. (...) (5) If the defendant is acquitted, the reasons for the judgment shall show whether the defendant's guilt was deemed not proven or whether, and on what basis, the act deemed proven was considered not to give rise to criminal liability. If all parties entitled to an appellate remedy waive their right of appellate remedy or if no appellate remedy is sought within the given time limit, it shall only be necessary to state whether it was for factual or legal reasons that the criminal offence with which the defendant is charged was not established. Subsection (4), third sentence, shall apply". Código de processo penal espanhol: "Título II. Del procedimiento abreviado (...) Artículo 789 - 1. La sentencia se dictará dentro de los cinco días siguientes a la finalización del juicio oral. 2. El Juez de lo Penal podrá dictar sentencia oralmente en el acto del juicio, documentándose en el acta con expresión del fallo y una sucinta motivación, sin perjuicio de la ulterior redacción de aquélla. Si el Fiscal y las partes, conocido el fallo, expresasen su decisión de no recurrir, el Juez, en el mismo acto, declarará la firmeza de la sentencia, y se pronunciará, previa audiencia de las partes, sobre la suspensión o la sustitución de la pena impuesta. (...)".

[572] Aliás, Taruffo defende que poderia haver uma tendência de o juiz recorrer ao que se chamou de motivação fictícia, *in verbis*: "[…] por lo que atañe a la motivación de la sentencia, este juez será propenso a no tomar en serio el relativo deber, o de todas formas a no entenderlo en un sentido racional. Eso podrá inducirlo a redactar una motivación ficticia – una Scheinbegründung como aquella que los canonistas sugerían a los jueces eclesiásticos para que éstos no debilitaran la autoridad de sus sentencias –, es decir, a confeccionar un discurso que en realidad no contiene ninguna justificación racional de la decisión o, simplemente, a omitir la justificación de la decisión en los hechos, quizá intentando cubrir esta falta con una sobredosis de la motivación en derecho. TARUFFO, Michele. **Verdad, prueba e motivación em la decisión sobre los hechos.** México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013, p. 97.

que esta deveria ser uma espécie de degravação do pensamento que levou à decisão alcançada.

Há que se reconhecer que, desde Reichenbach, se distinguem os contextos do "descobrimento" e da "justificação", correspondendo o primeiro a uma atividade de natureza heurística, permeada em sua maior medida pela capacidade imaginativa e pela factibilidadede um pensamento intuitivo, e o segundo, a uma operação de natureza argumentativa, orientada à demonstração da existência de razões que autorizariam a aceitação de um dado resultado, que normalmente se dá sob a forma de um discurso racional[573].

A partir da aceitação da assimetria entre o (*i*) pensamento/raciocínio para a tomada de decisão, de um lado, e (*ii*) a construção do discurso (ou da argumentação)voltado a justificá-la, de outro, não há como divergir de Taruffo, que defende que a motivação deveria ser, ao mesmo tempo, mais e menos que o raciocínio decisório: menos, porque não precisaria retratar as idas e vindas do pensamento do julgador, podendo muito bem descartar suas digressões; mais, porque muitos dos passos necessários para atingir a decisão operam-se com base em entimemas, saltos, que a depender da relevância (e/ou da problematização gerada por uma das partes), precisão ser depurados e expostas as razões em um discurso capaz de adquirir intersubjetividade.[574]

---

[573] IBAÑEZ, Perfecto Andrés. **Los hechos en la sentencia penal.** México: Fontamara, 2007, p. 125-126. Para Michele Taruffo: "[…] hace falta, de todos modos, eliminar una equivocación que surge a menudo en los discursos de la motivación. El malentendido consiste en pensar que la motivación es una grabación del razonamiento que el juez hizo para llegar a la decisión; por lo que se refiere a la motivación del juicio de hecho, ésta sería, entonces, una especie de recuento de lo que el juez pensó cuando admitió las pruebas, las evaluó y de ellas dedujo la decisión final. Se trata, sin embargo, de una concepción errónea, de hecho, pues hay que discernir entre el razonamiento con el cual el juez llega a la decisión y el razonamiento con el cual justifica la decisión. El primero tiene carácter heurístico: avanza según hipótesis verificadas o falsificadas, incluye inferencias aductivas y se articula en una secuencia de elecciones hasta la decisión final en torno a la veracidad o falsedad de los hechos. La motivación de la decisión consiste en un razonamiento justificativo que, por así decirlo, presupone la decisión y está orientado a mostrar que hay buenas razones y argumentos lógicamente correctos para considerarla válida y aceptable. Naturalmente, puede haber puntos de contacto entre las dos fases del razonamiento; el juez que sepa que tiene que motivar será inducido a razonar correctamente aun cuando está evaluando las pruebas y formulando la decisión; el mismo juez, al redactar la motivación, podrá utilizar argumentos e inferencias que formuló evaluando las pruebas y configurando la decisión final. Eso no demuestra, sin embargo, que las dos fases del razonamiento del juez tienen la misma estructura y función, ni mucho menos que una puede considerarse como una especie de reproducción de la otra.TARUFFO, Michele. **Verdad, prueba e motivación en la decisión sobre los hechos.** México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013, p. 106.

[574] TARUFFO, Michele. A motivação da sentença civil. Trad. Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons. 2015. p. 123 e ss. São muitos os que seguem Taruffo aportando fundamentos semelhantes, como Jordi Ferrer (FERRER BELTRÁN, Jordi. Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales. **Isonomía - Revista de teoría y filosofía del Derecho**, n.º 34, 2011, p. 89 e ss.) e Juan Salaverria, que é ainda mais enfático que o professor Italiano: "la motivación fue concebida para otros menesteres (controlar la justicia de las decisiones, tutelar a los individuos frente al Estado, permitir la censura popular sobre las eventuales arbitrariedades de los poderes públicos) en los que importan sobremanera las razones que da el juez y apenas nada, o nada a secas, ni los buenos modales (la cortés "transparencia" de lo que ha pasado por su cabeza) ni alguna de las virtudes morales (como la "sinceridad"). Por tanto, una motivación

Todavia, embora a motivação não precise ser uma espécie de degravação do pensamento que levou à decisão, não há como, daí, defender que o Direito em nada se importa com o que pode passar ou passou na cabeça do juiz e quepode interferir no processo decisório, conduzindo a um resultado contrário ao esperado[575] (vide I.1.6).

Outrossim, não há como negar uma marcante influência recíproca entre as duas atividades, isso porque:

a) a só ciência de que a decisão alcançada deverá ser motivada já interfere no processo decisório;[576]

b) embora, o pensamento não possa ser completamente mapeado e pautado, não se pode negar que, em alguma medida, isso pode acontecer;[577]

---

asimilada al reportaje de lo que ha pasado por la testa del juez, resulta inútil para cualquier persona afectada por la decisión. Lo que importa, en suma, es el vigor o la endeblez de las razones que esgrime un juez. Sostener en esta tesitura la concepción psicologista de la motivación conduce a piruetas alucinantes, como cuando nustro TC, ante un recurso de amparo por decisión indebidamente motivada, con toda la frescura de mundo dice que 'en casos com el presente se hace manifiesto que la explicitación del proceso lórico e mental ha conducido a la decisión no ha alcançado un grado suficiente de expresión' (STC 55/1987) (…)".SALAVERRÍA, Juan Igartua.**El razonamiento em las resoluciones judiciales.** Bogotá: Temis, 2009, p. 22 – 23.

[575] O próprio Taruffo registra que a decisão deve ser "el resultado de una actividad cognoscitiva que se articula en pasos controlables como la recolección de información, la verificación de su confiabilidad, el análisis de su relevancia y la formulación de inferencias lógicamente válidas que llevan a conclusiones racionalmente justificadas. En otras palabras, la verdad no emana de una misteriosa intuición individual, sino de un procedimiento cognoscitivo articulado y verificable de manera intersubjetiva". TARUFFO, *op. cit.*, p. 100-101.

[576] Badaró defende que só o fato e o indivíduo saber que terá que motivar a decisão já altera o processo decisório (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e Prova Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais: 2019, p. 265.). Deve-se registrar, todavia, que a só exigência de uma motivação qualquer pode piorar o processo decisório (BEECHER-MONAS, Erica. **Evaluating Scientific Evidence: An Interdisciplinary Framework for Intellectual Due Process.**Cambridge University Press, 2006, p. 23.); ou seja, da mesma forma que um dever de motivar (a depender de seu conteúdo) pode levar o decisor e se engajar num processo decisório sistematizado, o só ter que dar alguma justificativa apresenta baixo poder retificador, dada a tendência de a motivação se prestar apenas a confirmar a decisão já tomada. Assim, Matthew Fraidin: "[…] research indicates that decision makers aware at the time they make a decision that they will be called upon later to explain it may engage in a systematic, deliberate decision-making process. On the other hand, decision makers given an opportunity to justify a decision after making it reflexively may defend the decision, ignoring or distorting information that would undercut its rationale.". FRAIDIN, Matthew I. Decision-Making in Dependency Court: Heuristics, Cognitive Biases, and Accountability." **Cleveland State Law Review**, vol. 60, no. 4, pp. 913-974, 2013, p. 913.

[577] "De alguna manera esta función viene a levantar acta de las relaciones existentes entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación: el descubrimiento de una hipótesis *no tiene por qué ser el campo de la pura emotividad o de la inventiva*; en el descubrimiento de una hipótesis pueden aparecer sin duda elementos de irracionalidad o de emotividad, pero están (o pueden estar) también presentes elementos de aceptación o validación de la misma, pues no parece lógico pensar que si puede justificarse una decisión se haya adoptado ésta prescindiendo por completo de las razones que constituyen esa justificación. (GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos en el derecho:** bases argumentales de la prueba. Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 180). No mesmo sentido, Susan Haack: "'Racional' tem um uso descritivo, 'tendo a capacidade de raciocinar', o qual é verdadeiro para todos os seres humanos normais, e um uso normativo, 'usando bem tal capacidade', o qual é verdadeiro apenas para alguns de nós, e para aqueles apenas algumas vezes. E seu uso normativo é multiforme, abrangendo, inter alia: agir de tal maneira que, dadas as suas crenças, você provavelmente atingirá suas metas; ter objetivos que correspondam apropriadamente às suas necessidades; acreditar razoavelmente; conduzir a investigação de forma apropriada. Nós, seres humanos, temos a capacidade de raciocinar, somos racionais no sentido descritivo, mas, longe de sermos sempre racionais nos sentidos normativos, somos falíveis, imperfeitos, muitas vezes mentalmente preguiçosos, descuidados, indiferentes à verdade. E nossa capacidade para raciocinar traz consigo o perigo de o pensamento transformar-se em patológico – da falsidade

c) há uma elevada proximidade entre o raciocínio justificador e o raciocínio heurístico[578], de sorte que, se o Sistema estabelece um caminho para se chegar à decisão (a aferição da probabilidade lógica via pensamento abdutivo), não teria sentido em fixar um critério completamente diverso para a justificação (e vice-versa);[579]

d) há uma espécie de tensão de fidelidade entre a motivação e as verdadeiras razões de decidir, bastando considerar, p. ex., um processo público de deliberação seguido de uma motivação que lhe é assimétrica (uma deliberação de um órgão coletivo).

e) se um determinado critério para a justificação é capaz de efetivamente atribuir à motivação a aptidão de viabilizar o controle por terceiro (órgão *ad quem*), necessariamente convertê-la-á em um mecanismo de autocontrole, de forma que o julgador seria "devolvido" ao processo decisório antes de institucionalizar o resultado, que, até então, foi apenas imaginado.

Aqui vale ressaltar que, embora sejam muitos os que defendem a extensão da ideia de

---

grotescamente elaborada, da obscuridade exagerada [*affected obscurity*], do nonsense que faz sentido [*glossogonous nonsense*]. Duas principais estratégias irracionalistas são paralelas aos usos descritivo e normativo de "racional": uma mudança de ênfase para a emoção, o sentimento, a vontade, em vez do pensamento, do raciocínio, da cognição; e o denegrir dos padrões epistêmicos, padrões sobre o que faz uma evidência melhor ou pior e o que faz a investigação ser bem ou mal-conduzida, como sendo não mais do que locais, convencionais e veladamente políticos. Há um trabalho útil a ser feito na identificação das fontes da primeira estratégia – o equívoco das emoções como brutalmente irracionais, por exemplo, e a confusão entre o imaginativo e o imaginário.". HAACK, Susan. **Manifesto de uma moderada apaixonada:** Ensaios contra a moda irracionalista. Trad. Rachel Herdy. Rio de Janeiro: Edições Loyola, 2011, p. 225-226.

[578] "¿Qué tipo de argumento es la inferencia probatoria? … Parece razonable pensar que todos estos esquemas de razonamiento pueden usarse, tanto en el proceso de descubrimiento de una nueva hipótesis, como en la justificación de la misma." (GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. **Quaestio facti** (ensayos sobre prueba causalidad y acción). Lima : Palestra Editores, 2005, p. 11). Reforçando essa ideia, vale ainda reiterar que a Inferência para Melhor Explicação se conforma em estrutura tanto para a justificação como para o raciocínio heurístico WALTON, Douglas. Argument Evaluation and Evidence. Cham: Springer International Publishing AG, 2015, p. 36.

[579] Se há critérios que contenham o subjetivismo na hora de valorar a prova (examinar, organizar, aferir a credibilidade da fonte, a medida da "relevância" entre o indício e a probanda; por que poderia se pensar que a justificação poderia assumir forma completamente diversa e basear-se em critérios outros? Daí que referidos critérios geram uma tensão de aproximação entre os dois raciocínios. Nesse sentido é o conceito de Antônio Magalhães Gomes Filho: "Nessa ótica, a motivação representa um eficiente antídoto contra o subjetivismo do juiz, pois por seu intermédio é que se exterioriza o raciocínio desenvolvido para se chegar à conclusão sobre a verdade fatual, permitindo controlar a objetividade e a correção das escolhas realizadas. Mais do que isso, essa função de controle exercida pela motivação não se esgota naquela dimensão externa a posteriori, projetando-se também sobre o próprio procedimento de decisão, de modo a evitar a contaminação do julgamento por sugestões de "certeza subjetiva" - tão frequentes nessa matéria - que não possam ser depois justificadas." (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 148.). Para Marinoni e Arenhart, "é óbvio que a distinção entre essas modalidades de raciocínio não quer dizer que a racionalidade justificativa não possa ter base na racionalidade dos raciocínios que conduziram à decisão. Como dito, a justificativa não exclui a racionalidade de critérios probatórios e decisórios, ou seja, a racionalidade desses critérios não exclui a racionalidade da justificativa e vice-versa.". (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção:** de acordo com o CPC de 2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 326.)

Reichenbach para a prova judicial[580], há que se atentar, p. ex., para que o contexto da decisão abrangeria tanto uma atividade de «justificação»— consistente na argumentação das partes voltada a demonstrar que a hipótese por elas escolhida conta com razões afiançadoras —, como uma atividade heurística ou de descobrimento, justamente aquela consistente na significação das provas examinadas, sendo certo que essa atividade não se opera de forma binária, segundo a qual o juiz só poderia concordar ou discordar com os argumentos trazidos pelas partes. Do mesmo modo, como a atividade de justificação deve se dar segundo critérios externos e prévios, ou seja, como não se trata da "justificação" de uma preferência pessoal do julgador ou de uma escolha irretratável, esta termina por ter alguma aptidão heurística, o que implica uma espécie de sobreposição da fase de descobrimento, decisória e justificativa.

Daí porque Marina Gascón[581] e Luca Passanante[582] defendem que a função da motivação não poderia ser meramente persuasiva, de fazer a decisão ser aceita como justa, mas que sobretudo (*i*) deve permitir o controle sobre sua adequação aos critérios de decisão estabelecidos pelo ordenamento, e (*ii*) deve fazer "retroatuar" o próprio processo de tomada de decisão.

---

[580] O contexto do descobrimento (ou heurístico) coincidiria com a atividade das partes, que a partir de uma dada realidade empírica criariam suas hipóteses; ao se propor o acolhimento de uma dada hipótese, iniciar-se-ia um contexto próprio da atividade judicial (o contexto da decisão), onde o julgador verificaria as hipóteses concorrentes confrontadas com o resultado as provas produzidas e elegeria a de maior capacidade explicativa, seguindo-se, dessa eleição, o contexto da justificação, com vistas à demonstração das razões que a legitimariam.IBAÑEZ, Perfecto Andrés. **Los hechos en la sentencia penal.** México: Fontamara, 2007, p. 127-128.

[581] "Por último, aparte de las dos funciones anteriores, que en rigor pueden considerarse complementarias en la garantía frente a la arbitrariedad, la motivación desempeña también una tercera e importantísima función respecto del propio juez, quien, a sabiendas de que tiene que motivar, estaría en mejores condiciones de descubrir errores de su razonamiento que pudieran haberle pasado desapercibidos; es decir, es muy posible que la conciencia de tener que motivar «condicione la formulación de la decisión sometiéndola a controles racionales y jurídicos» (TARUFFO*,op. cit.,* p. 139) (…) Por eso no resulta descabellado pensar que la exigencia de motivar «retroactúe» sobre el propio iter de adopción de la decisión reforzando su racionalidad; es decir, provocando la expulsión de los elementos de convicción no susceptibles de justificación; propiciando, en fin, que la adopción de la decisión se efectúe conforme a criterios aptos para ser comunicados, en detrimento de la «corazonada», que resultará más difícil de justificar.". GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos en el derecho:** bases argumentales de la prueba. Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 180.

[582] Assim, Luca Passanante: "[...] in primo luogo pare auspicabile che il giudice, nel momento di dare stesura alla motivazione, richiami effettivamente i passaggi logici che egli ha seguito nel pervenire alla conclusione che un determinato enunciato di fatto fosse o meno provato. In secondo luogo, quand'anche così non dovesse accadere, pare auspicabile che il giudice, a fronte di una scarsa tenuta logica della motivazione, o nel caso in cui la valutazione delle prove effettuata sulla base di criteri razionalie controllabili enunciati in motivazione desse un esito opposto o comunque diverso da quello al quale il giudice era pervenuto (magari sulla base di una valutazione olistica delle prove), provveda (se ciò è permesso dalle regole processuali: ossia, tutte le volte in cui non vi sia una dissociazione tra pronuncia del dispositivo e deposito della motivazione) a rivedere la propria decisione in fatto, se del caso rimettendone in discussione gli esiti. Questo modo di intendere la motivazione, pur senza negare la chiara distinzione tra quest'ultima e l'effettivo ragionamento del giudice, interpreta la stesura della motivazione come un passaggio fondamentale, che si traduce per il giudice in un momento di autocontrollo razionale della decisione cui è pervenuto, offrendogli - per così dire - *l'ultima opportunità di cambiare idea*". PASSANANTE, Luca. Motivazione della sentenza e accertamento della verità nel pensiero di Michele Taruffo. **Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal,** Vol. 1 | 2021, pp. 75-88. Marcial Pons. Madrid, 2021, p. 85-86.

Aliás, são muitos os que, sem enfrentar diretamente a questão, terminam por defender essa aproximação, assim: Gomes Filho[583]; Badaró[584]; Mouraz Lopes[585].

De fato, não haveria como maximizar o controle sobre a racionalidade da decisão (ou um controle capaz de depurar o arbítrio) sem, ao mesmo tempo, dar-lhe a capacidade de remeter o próprio julgador ao caminho idealizado pelo sistema para o processo decisório; isso porque não poderia haver outra pauta de critérios ligada à qualidade da motivação do juízo fático-probatório que não esteja intimamente conectada aos próprios critérios de valoração da prova (lógica, conhecimento de mundo atualizado/seguro etc.).

Assim, apostando na tentativa de maximizar a objetividade da decisão a ser institucionalizada e, ao mesmo tempo, na ideia de que o subjetivismo, ao menos na medida reclamada pelo direito fundamental à prova, não poderia ser adequadamente depurado através da construção de uma argumentação livre ou com viés predominantemente persuasivo, entende-se que a garantia da motivação das decisões deve também ser funcionalizada ao cumprimento da *valoração adequada da prova* ou do devido processo intelectual a que ela corresponde[586].

---

[583] "Trata-se, assim, de uma liberdade de seleção e de valoração dos elementos probatórios obtidos que, à semelhança dos procedimentos consagrados pelas ciências empíricas, reclama sobretudo controles sobre a introdução das provas no processo e sobre a sua utilização pelo juiz na formação do convencimento. Esses controles de racionalidade podem operar *ex ante*, pela seleção do material probatório, feita em caráter abstrato pelo Legislador (...) ou pelo próprio juiz –(...) - nas situações concretas, tanto em relação à seleção como à avaliação das provas, ou *ex postquando a validade do raciocínio judicial pode ser verificada por outros sujeitos por meio do exame da motivação.*". GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 147-148.

[584] "O juiz deve explicitar os critérios de valoração empregados. Deverá reconstruir o percurso lógico-cognoscitivo que o conduziu a analisar de um certo modo as provas e a chegar a determinadas conclusões. Sem individualizar tal iter o conteúdo da motivação não estará completo.". BADARÓ, Gustavo. **Vícios de motivação da sentença penal:** ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação per relationem, Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal, vol. 6, 2015, p. 6.

[585] "Na fundamentação de facto corporiza-se todo o trabalho levado a termo no âmbito da construção da decisão, nomeadamente em termos de recolha, admissibilidade e valoração da prova. A relevância da fundamentação no âmbito da teoria da prova leva autores como Taruffo a referir que é 'difícil dizer se a teoria da prova deve depender das exigências de motivação ou se se deve construir uma teoria da motivação como consequência da teoria da prova. Por isso, não é de se estranhar que a modelo normativo de fundamentação de facto na sentença penal estabelecido no CPP se articule necessariamente entre as normas do artigo 374º. n. 2, especificamente referente à sentença, o artigo 127º. do CP relativo à livre valoração da prova, bem como todo o conjunto normativo referente à prova.". LOPES, José Antônio Mouraz. **A fundamentação da sentença no sistema penal português:** legitimar, diferenciar, simplificar. Coimbra: Almedina, 2019, p. 227.

[586] Isso não deixa de ser uma resposta à provocação de Accatino: "¿Cómo se relacionan (y cómo deben relacionarse) en la decisión judicial contexto de descubrimiento y contexto de justificación? *¿Es deseable que exista coincidencia entre los motivos causales de la decisión y las razones justificatorias expuestas al público a través de la fundamentación de la sentencia?* Es perfectamente posible que se dé a esta pregunta una respuesta negativa –eso fue precisamente lo que, según cuenta Twining (1973: 228), le contestó un juez británico a Llewellyn cuando éste afirmaba la conveniencia de que se explicitaran en las sentencias las consideraciones de policy que hubieran influido efectivamente en la decisión: según el juez eso resultaba "un ingenuo y perniciosos sin sentido", primero porque "es importante mantener al menos una fachada de separación de poderes" y, segundo, porque "la principal fuente de la fortaleza de la actuación de los tribunales superiores en Inglaterra descansa en la intimidad y la confianza que subyace a las relaciones entre abogados y magistrados, de manera

Em síntese: há que se concluir que a maximização do direito fundamental à prova reivindica seja atribuída à motivação uma função (também) heurística, convertendo-a numa espécie de método próprio para a (re)tomada de decisão, mediante uma pauta de argumentação, que remeta o julgador a cada um dos problemas que devem ser superados para alcançar o resultado: reconhecer, ou não, o «fato provado».

4.1.2 Qual motivação[587] o Direito impõe ao juiz brasileiro?

Em relação ao processo penal, a disciplina da motivação restringe-se a estabelecer a necessidade de: *i*) considerar, como objeto (último) da prova, "a descrição do fato contida na denúncia ou queixa", não podendo alterá-lo na sentença (CPP- 383); *ii*) vincular o fundamento de sua admissão (da hipótese acusatória contida na denúncia) *à prova* produzida em contraditório judicial (CPP-155)[588]; *iii*) indicar na sentença (CPP - 381, III) os motivos de fato que fundarem a decisão, ou seja, não bastariaapontar a(s) prova(s), devendo ser explicitadas as razões (ou motivos) que fariam o fundamento primeiro (a prova) configurar razão para a admissão da hipótese acusatória.Também se registra que, na indicação desses motivos, não poderia haver obscuridade, ambiguidade ou contradição. (CPP - 382).

Deve-se acrescer, ainda, que, no artigo 315 do Código de Processo Penal, que se situa no capítulo que cuida da prisão preventiva, mas que é por disposição expressa abrange a sentença e o acórdão que resolvem o mérito, o legislador, exigiucomo razões justificadoras da decisão, aquelas aptas (*iv*) a superar os argumentos em contrário deduzidos no processo por acusação ou defesa,ou (*v*) a demonstrar a sua irrelevância (315, §2º, IV).

Por outro lado, a lei processual civil impõe a necessidade de a sentença explicitar a análise das questões de fato (CPC-489, II), incluindo as razões da formação do convencimento judicial (CPC-371), entendidas como as razões que o fizeram considerar um

---

que la comunicación se desarrolla en gran parte a través de suposiciones tácitas y sutiles matices que son precisamente lo opuesto del enfoque trabajoso y carente de encanto que Llewellyn parecía defender". Que pueda responderse negativamente no le resta, con todo, interés teórico a esa pregunta abierta por el realismo norteamericano." Perceba-se que o argumento apresentado contra essa ideia de aproximação (ou de fidelidade) parece ser um argumento demasiado "sincero", um apelo tanto ao subjetivismo como à falta de transparência. ACCATINO, Daniela. Notas sobre la aplicación de la distinción entre contextos de descubrimiento y de justificación al razonamiento judicial. **Revista de Derecho**, vol. 13, pp. 9-25, 2002, p. 23.

[587]Beclaute chama atenção para o fato de que a "fundamentação da decisão judicial" seria uma categoria semanticamente fechada, com seus contornos totalmente delimitados, e, portanto, para a importância da intervenção do legislador. (SILVA, Beclaute Oliveira. Contornos da fundamentação no CPC/2015. MARCATO, Ana Cândidada (org.) Reflexões sobre o Código de Processo Civil de 2015. p. 133 e ss.)

[588] Não apresenta tal aptidão um conjunto formado exclusivamente de elementos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

determinado valor ou peso como o adequado a uma determinada prova (CPC-372).

Registrou, ainda, o legislador, especificamente em relação à prova pericial, que os motivos que autorizam o julgador a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo *devem levar em conta o método* utilizado pelo perito.

No artigo 489, § 1º, IV, registra que as razões justificadoras da resolução (também) da questão de fato devem abranger aquelas aptas a superar os argumentos em contrário deduzidos no processo.

Pode-se dizer, então, que o legislador brasileiro definitivamente não considera que a motivação da questão de fato mereça maiores preocupações, o que não configura isoladamente um defeito da legislação, uma vez que numa cultura que tenha incorporado uma valoração da prova intersubjetivável e adequada aos critérios fixados no ordenamento jurídico, os dispositivos legais mencionados seriam mais que suficientes para que doutrina e jurisprudência desenvolvessem, via interpretação, os requisitos mínimos para uma motivação válida; isso porque, para aqueles que compreendem bem o alcance do direito à prova, o «ter que indicar a prova e dizer por que configura razão para admitir a hipótese acusatória» tem um sentido bem unívoco.

Todavia, na ausência de garantia de que ainda não se deixou para trás uma cultura apegada à ideia de prova como persuasão, de senso comum (enquanto forma de pensar marcadamente intuitiva) como caminho legitimador da decisão, de que o julgador não precisa saber dizer exatamente como chegou a uma determinada conclusão, há que se reconhecer que a letra da lei não permite uma prognose favorável sobre se, e em que medida, a motivação que hoje se concretiza na praxe judicial brasileira reforça o cumprimento da disciplina da valoração da prova e, consequentemente, contém o do subjetivismo decisório.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem a aptidão de propiciar um ajuste nessa prognose e consequentemente, não havendo por quepensar que os juízes brasileiros, em geral, vêm sendo mais criteriosos que aquilo que exige a Corte especial.

Nesse sentido, vale mencionar estudo recente sobre a jurisprudência do STJ, querevela que, ali, ainda se dá guarida a teses como:

a) “afasta-se a alegada violação dos artigos 489 e 1022 do CPC/2015 (LGL\2015\1656), porquanto é pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não viola tais dispositivos, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia”;

b) “o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas

partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão";

c) "o julgador não é obrigado a rebater cada um dos argumentos ventilados nos autos, bastando que, pela motivação, seja possível aferir as razões pelas quais se acolheu ou rejeitou as pretensões da parte";

d) "o juiz não é obrigado a examinar tudo o que foi discutido no processo nem a responder questionário das partes; apenas deve analisar fatos e argumentos que sejam capazes, por si sós e em tese, de infirmar a conclusão que embasou sua decisão";

e) "não possui o dever de enfrentar os argumentos que não são capazes de infirmar a sua conclusão".[589]

O Superior Tribunal de Justiça, como se vê, não deu ao artigo 489, §2º, o alcance que lhe reclama o direito fundamental à adequada valoração da prova, na medida em que sua jurisprudência parece caminhar no sentido relativizar a ideia de completude e suficiência da motivação, ao autorizar que o juiz opte por escolher quais as questões que, no caso, mereceriam alguma resposta.

Registre-se que não se deve desconsiderar razões de ordem pragmática, como a elevada demanda do juiz brasileiro e a possibilidade de abuso do direito de defesa[590], que impõem se reconheça, na linha do que defende a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, que não se deveria exigir "uma resposta detalhada e exaustiva a todo argumento das partes" e que o "grau de exigência da fundamentação das decisões judiciais pode variar segundo a natureza da decisão e deve-se dar especial atenção aos fundamentos da defesa"[591]. A resposta a cada ponto poderá obviamente ser concisa, poderá se dar inclusive por referência a razões da própria decisão, não poderia, entretanto, se valer de textos prontos (copiar/colar), palavras mágicas ("obviamente", "manifestamente" etc.).[592]

Entretanto, essa ideia de que a motivação deveria abranger tão somente as questões relevantes, permite que uma série de questões sejam consideradas irrelevantes de modo

---

[589] FAGUNDES, Cristiane D. T.; ALI, Anwar Mohamad. Fundamentação das decisões judiciais segundo a jurisprudência dos tribunais pátrios. **Revista de Processo**, vol. 329/2022, p. 47-66, 2022, p. 11 e ss.

[590] Ho Hock Lai reconhece que há no Direito Inglês um dever de motivar as decisões judiciais; todavia, critica a baixa densidade desse dever, pela existência de exceções não racionalizadas claramente e, sobretudo, pela falta de definição de uma estrutura e de critérios para a mesma, sendo certo que a fixação destes dependeria da verificação de diversos fatores, desde os relacionados às dificuldades enfrentadas pelo Sistema de Justiça até os que dizem respeito à natureza/finalidade da prova. HO, Hock Lai. The judicial duty to give reasons. **Legal Studies**, vol. 20, no. 1, pp. 42–65, 2000, p. 180.

[591] FONSÊCA. Vitor. A fundamentação das decisões judiciais e os direitos humanos: uma interpretação convencional do art. 489, § 1º do CPC a partir da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 16. Volume 23. Número 1, 2022, p. 1485-1486.

[592] Ibidem, p. 1483.

arbitrário, sem que mereçam sequer ser consideradas questões, o que, além de não constranger o julgador ao cumprimento dos critérios que definem a valoração adequada da prova, também viola o contraditório, na medida que se deixa sem saber se a parte foi efetivamente ouvida.[593]

Daí porque a doutrina faz dura crítica à jurisprudência: "referida conduta recalcitrante dos tribunais brasileiros — inclusive os de cúpula — pode tranquilamente conduzir a comunidade jurídica a questionar se algum dia o artigo 489, § 1º, do CPC/2015 (LGL\2015\1656), vai efetivamente entrar em vigor(...)" [594]

Isso autoriza uma projeção no sentido de que, na praxe judicial brasileira, não se valoriza uma mínima estrutura para a motivação da questão de fato, capaz de lhe dar a merecida transparência e completude, viabilizando um modelo de valoração do tipo "o juiz é livre para decidir e encontrar sua própria verdade".

Assim, embora o legislador tenha atuado recentemente com vistas promover a contenção do arbítrio[595], seria bem-vinda a imposição, através de lei, de critérios mais específicos ou de uma estrutura mínima para a argumentação justificadora da *quaestio facti*.[596]

4.1.3 Para que se leve mais a sério a motivação dos fatos: uma proposta de alteração legislativa, baseada no Direito estrangeiro

---

[593] "Vale lembrar que a fundamentação da decisão judicial, nesse Caso Apitz Barbera e outros vs. Venezuela, serviu para demonstrar se as partes foram efetivamente ouvidas. Ou seja: a fundamentação funciona como espelho do contraditório" (Ibidem p. 1484). Assim também Badaró: "além disso, não assegura que o juiz tenha levado em conta os argumentos defensivos apresentados pelo réu, o que implica a violação do direito à contraprova ou do próprio direito de defesa. Por fim, a motivação implícita não atende à finalidade endoprocessual de permitir o controle da decisão pelas partes, por meio da via recursal, nem o escopo extraprocessual da motivação, de assegurar o controle popular das decisões judiciais.". BADARÓ, Gustavo. Vícios de motivação da sentença penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação *per relationem*.**Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal**, vol. 6. 2015. p. 8-9.

[594] FAGUNDES, Cristiane D. T.; ALI, Anwar Mohamad. Fundamentação das decisões judiciais segundo a jurisprudência dos tribunais pátrios. Revista de Processo, vol. 329/2022, p. 47 – 66. 2022. p. 12. Badaró, de maneira mais suave também faz crítica no mesmo sentido: "na prática, o que se nota é uma tendência jurisprudencial a maximizar os casos de motivação sucinta, e minimizar os casos de ausência de motivação.". BADARÓ, Gustavo. Vícios de motivação da sentença penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação *per relationem*.**Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal**, vol. 6, 2015, p. 4.

[595] A redação do §2º. Do artigo 315 do Código de Processo Penal é de dezembro de 2019 (Lei nº 13.964/2019).

[596] Reforçando a insuficiência da disciplina feita pelo legislador brasileiro, vale o que disse Gomes Filho sobre a legislação italiana, que é bem mais detalhada: "[...] trata-se de inegável avanço, mas que ainda assim não expressa de forma completa a extensão e a estrutura lógica da motivação, sendo ressaltado pela melhor doutrina que outras indicações devem ser extraídas das normas que definem o âmbito da cognição do juiz, individualizando as questões sobre as quais ele deve pronunciar-se. Para ser completa e atender às exigências de garantia anteriormente explicitadas, a motivação do juízo de fato deve abranger todas as particulares opções assumidas pelo juiz no curso do procedimento probatório, o que implica a necessidade de justificação das decisões sobre a admissibilidade, pertinência ou relevância das provas e, principalmente, aquelas relacionadas ao momento final de valoração do material probatório reunido no processo.". GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 149-150.

Como se viu, nosso legislador processual não parece se preocupar com a necessidade de maximizar o direito fundamental à prova, deixando-a ao sabor dos bons ventos, nada exigindo em relação à estrutura da motivação da *quaestio facti*, sequer critérios que remetessem ao isolamento das diversas questões/problemasque precisariam ser superadas para a admissão ou rejeição do fato provado.

A absoluta liberdade para a argumentação permite que o julgador recorra a uma narrativa com viés persuasivo, abrindo enorme flanco para uma motivação enviesada, que desconsidera a totalidade dos elementos empíricos e argumentos geradores de questões que necessitam ser superadas com base em razões intersubjetiváveis e tornadas públicas; daí porque a motivação não poderia ser concebida como um discurso livre, mas como um discurso vinculado[597], com várias etapas obrigatórias: desde a demonstração de quais foram os dados obtidos a partir de cada uma das provas, o que reclama razões ligadas à confiabilidade ou idoneidade destas[598], até a admissão, do «fato provado», o que inclui eventuais enunciados de apoio (os indícios)[599].

Uma motivação que efetivamente viabilize o controle e reforce as chances de uma valoração adequada deveria suprir, para além dessa ideia de completude[600], uma ideia de

---

[597] Referindo-se ao Direito português, Mouraz Lopes registra que a motivação "não é um discurso de estrutura aberta, mas um discurso com vinculação temática" (…). LOPES, José Antônio Mouraz. **A fundamentação da sentença no sistema penal português:** legitimar, diferenciar, simplificar. Coimbra: Almedina, 2019, p. 229.

[598] Assim, Marinoni: "[...] qualquer circunstância que aponte para a desestabilização da prova deve ser revelada na motivação da sentença, ainda que não interfira na valoração individual da prova ou no resultado do julgamento. Ou seja: ainda que uma anormalidade não retire a credibilidade da prova, e assim permita a sua relação com o fato, ou mesmo que a credibilidade da prova ou a própria prova do fato não sejam capazes de propiciar um julgamento favorável à parte que nela possui interesse, o juiz não pode deixar de aludir a essa circunstância na sua motivação. Em suma: antes de se tentar ligar a prova ao fato é preciso analisar a sua credibilidade, pois a prova somente pode provar depois de ter sido aprovada, ou, como salienta Iacoviello, "toda prova, antes de provar, deve ser provada". MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção:** de acordo com o CPC de 2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 328.

[599] Para Mouraz Lopes, "[...] a densificação do processo de fundamentação da sentença decorrente do entendimento da sua dupla dimensão endo e extraprocessual, impõe que a análise crítica das provas, que servem de base à convicção do tribunal no âmbito do processo de conhecimento que leva à fixação dos factos provados não provados, assumam lugar de destaque.". (LOPES, José Antônio Mouraz. **A fundamentação da sentença no sistema penal português:** legitimar, diferenciar, simplificar. Coimbra: Almedina, 2019, p. 233). Por sua vez, Perfecto Ibañez defende a necessidade de um percurso em etapas, desde os dados probatórios obtidos dos elementos empíricos até os fatos provados. IBAÑEZ, Perfecto Andrés. **Los hechos en la sentencia penal**. México: Fontamara, 2007, p. 133 e ss.

[600] Referindo-se ao que chamou de princípio da completude da motivação, Taruffo defende que "[…] la justificación externa de la premisa de hecho de la decisión atañen las razones por las que el juez reconstruyó y averiguó de cierta manera determinada los hechos de la causa. Éstas se refieren en sustancia a las pruebas de las que el juez se sirvió para decidir acerca de la verdad o falsedad de los hechos (en el sentido que se explicó anteriormente). Entonces, la justificación externa de la averiguación de los hechos implica que el juez debe proveer argumentos racionales relativos a cómo evaluó las pruebas y a las inferencias lógicas por medio de las cuales llegó a determinadas conclusiones sobre los hechos de la causa. En otras palabras: la averiguación de los hechos es o no justificada según las pruebas en las cuales se basa y la racionalidad de los argumentos que conectan el resultado de las pruebas con el juicio sobre hechos. (...) "La segunda implicación del principio de completitud de la motivación con referencia a las pruebas es doble y se puede así formular; por un lado, hace

suficiência, que se relaciona ao tipo de resposta que deve ser fornecida a cada passo desse caminho[601].

---

falta que la justificación involucre también la evaluación de las pruebas, porque es evidente que, por ejemplo, establecer si un testigo es o no confiable representa un punto central en la averiguación probatoria de los hechos. Justo por esta razón, el juez tiene que explicar por qué consideró a aquel testigo como confiable o no. Análogamente, el juez debe explicar con base en qué inferencias consideró que un indicio dado lleva a una determinada conclusión relativa a un hecho de la causa. … Por el otro lado, y contrariamente a lo que se mantiene en ciertos ordenamientos (por ejemplo, en Italia), es necesario que el juez explicite su motivación no sólo con referencia a las pruebas que evaluó positivamente, de las que se sirvió, por lo tanto, para fundamentar su decisión, sino también, y especialmente, con referencia a las pruebas que juzgó como inatendibles, en especial si éstas eran contrarias a la reconstrucción de los hechos que él mismo elaboró. Admitir que el juez motive sólo con base en las pruebas favorables a su juicio sobre los hechos implica el riesgo del *confirmation bias*, típico de la persona que, al querer confirmar una evaluación propia, selecciona las informaciones disponibles eligiendo sólo las favorables y descartando a priori las contrarias, introduciendo así una distorsión sistemática en su razonamiento. De todas maneras, la evaluación negativa de las pruebas contrarias es indispensable para justificar el fundamento de la decisión. Justamente porque la prueba contraria es el instrumento de control de la validez racional y del fundamento probatorio de toda reconstrucción de hechos." TARUFFO, Michele. **Verdad, prueba e motivación em la decisión sobre los hechos**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. 2013, p. 104-106.

[601] Por exemplo, Magalhaes Gomes Filho ensaia os critérios de verificação da idoneidade ou confiabilidade de uma determinada prova – declaração testemunhal: confirmação, confronto, atendibilidade intrínseca, condições do declarante (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 155 e ss). Sobre a aferição da idoneidade de cada prova e de sua relação com a probanda, acrescenta: "daí a evidente necessidade de que, em primeiro lugar, o autor da decisão leve em consideração todas as provas regularmente introduzidas no processo e que sejam relevantes para o estabelecimento dos fatos, não sendo racional utilizar-se apenas daquelas que confirmem uma conclusão pré-estabelecida, simplesmente desconsiderando outras que poderiam invalidar um resultado que se quer a todo custo alcançar. Por outro lado, a mesma exigência de racionalidade deve impedir que no processo mental da decisão sejam sopesados elementos de ordem psicológica, suspeitas, impressões, avaliações pessoais do juiz etc., que não encontrem sustentação em elementos probatórios existentes nos autos. (...) Com efeito, ao direito à introdução de provas corresponde não somente um direito à valoração destas, mas sobretudo um direito à motivação que exprima e justifique, de forma expressa e completa, a avaliação realizada, ainda que para reconhecer a sua inidoneidade para a formação do convencimento." (Idem, p. 158-159). Nesse mesmo sentido vai Salaverria, para quem "[…] una sentencia puede compendiar una serie de decisiones, cada una de las cueles requiere su aneja justificación" (…) "La primera (motivación completa) es la que justifica todas las decisiones relevantes que predeterminan la decisión final. La segunda (motivación suficiente) es la que aporta las razones (jurídicas y e otra índole) necesarias para ofrecer una justificación apropiada. Por descontado, difícilmente se abarca en pocas líneas el abanico de casos de motivación insuficiente. A título de ejemplo, el juez incurre en este vicio: cuando no expresa las premisas de sus argumentaciones, cuando no justifica las premisas que no son aceptadas por las partes, cuando no indica los criterios de inferencia (p. ej. las máximas de experiencia) que ha manejado, cuando no explicita los criterios de valoración adoptados, cuando al elegir una alternativa en lugar de outra no explica por qué ésta es preferible a aquélla, etcétera" (...) (SALAVERRÍA, Juan Igartua.**El razonamiento en las resoluciones judiciales.**Bogotá: Temis, 2009, p. 32-33). Badaró vai no mesmo sentido: "Nesse esquema argumentativo da justificação externa, quanto ao juízo de fato, o magistrado (...) exporá, como uma das premissas, os dados fáticos constantes dos elementos de prova obtidos (...), que se ligarão a outra premissa, que será regra geral consistente em uma lei científica ou máxima de experiência (...), para se obter uma conclusão (...) no sentido de os fatos ocorreram como demonstram a prova. (...) Na motivação o juiz deve explicitar as razões de seu convencimento com base em todo o material probatório utilizado no contexto da valoração. A motivação, nesse sentido, deve ser completa, indicando todos os meios de prova que foram valorados. é insuficiente indicar apenas aqueles que, nesse conjunto total, foram considerados como suporte ou aval das afirmações fáticas que foram consideradas provadas. (...) O dever de motivar exige do juiz não apenas que forneça uma justificação logicamente correta e coerente com sua decisão, mas também que demonstre a efetiva subsistência de uma plena correspondência entre os elementos probatórios existentes nos autos e o conteúdo do que foi por ele decidido na sentença. Daí por que, além da obrigação mais elementar de apresentar um discurso justificativo para sua decisão, deve o magistrado apresentar uma fundamentação *completa*, em que se apresentem as razões de cada uma das escolhas parciais que conduzem à decisão final; ademais, cumpre-lhe demonstrar que foram levados em consideração todos os elementos potencialmente úteis à decisão.". BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e Prova**

Assim, apesar de a doutrina já fornecer alguns parâmetros para uma justificação completa e suficiente, deve-se reconhecer que este implica um caminho demasiado longo e um tanto incerto até fazer chegar, à praxe judicial, uma motivação que reforçasse uma adequada valoração da prova; o que reclama umasinalização do legislador sobre qual motivação do juízo fático-probatório deveria ser imposta ao juiz brasileiro.

O Direito estrangeiroparece, assim,conseguirdar um bom exemplo de como, com a interferência do legislador, se poderia dar um passo mais decisivo nessa direção.

a) Código de processo penal chileno (Ley 19696):

> Artículo 342.- Contenido de la sentencia. La sentencia definitiva contendrá:
> (...)
> b) *La enunciación breve de los hechos y circunstancias que hubieren sido objeto de la acusación*; en su caso, los daños cuya reparación reclamare en la demanda civil y su pretensión reparatoria, y las defensas del acusado;
> c) La exposición *clara*, *lógica* y *completa* de *cada uno de los hechos* y *circunstancias* que se dieren por probados, *fueren ellos favorables o desfavorables al acusado*, y de la *valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones* de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297;
> Artículo 297.- *Valoración de la prueba*
> Los tribunales *apreciarán* la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la *lógica*, las *máximas de la experiencia* y los *conocimientos científicamente afianzados*.
> El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de *toda la prueba producida*, *incluso de aquélla que hubiere desestimado*, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo.
> La valoración de la prueba en la sentencia requerirá *el señalamiento del o de los medios de prueba* mediante los cuales se dieren por acreditados *cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados*. Esta *fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones* a que llegare la sentencia. (grifou-se).

b) Código de processo penal português

> Artigo 374º
> Requisitos da sentença
> 1 - A sentença começa por um relatório, que contém: (...) c) a indicação do crime ou dos crimes imputados ao arguido, segundo a acusação, ou pronúncia, se a tiver havido; (...)
> 2 - Ao relatório segue-se a fundamentação, que consta *da enumeração dos factos provados e não provados*, bem como *de uma exposição tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos, de facto* e de direito, que fundamentam a decisão, *com indicação e exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do tribunal*.
> Artigo 124º
> Objecto da prova
> 1 - Constituem objecto da prova todos os factos *juridicamente* relevantes para a

---

Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 271-273.

> existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis.
> 2 - Se tiver lugar pedido civil, constituem igualmente objecto da prova os *factos relevantes*[602] para a determinação da responsabilidade civil.

c) Código de processo penal alemão

> Section 267 [Reasons for the Judgment]; (1) If the defendant is convicted, *the reasons for the judgment must specifythe facts deemed to be proven* and establishing the statutory elements of the criminal offence. *So far as evidence is inferred from other facts, these facts shall also be specified*. With regard to details, reference may be made to pictures which are included in the files. (2) If the penal norm mentions special circumstances which would exclude, diminish, or increase criminal liability and these were alleged at the hearing, *the reasons for the judgment must state whether or not such circumstances were deemed to have been established.* (…) (5) If the defendant is acquitted, the *reasons for the judgment shall show whether the defendant's guilt was deemed not proven* or *whether, and on what basis, the act deemed proven was considered not to give rise to criminal liability*. If all parties entitled to an appellate remedy waive their right of appellate remedy or if no appellate remedy is sought within the given time limit, it shall only be necessary to state whether it was for factual or legal reasons that the criminal offence with which the defendant is charged was not established. Subsection (4), third sentence, shall apply.

Apesar as diferenças entre as formas de estipular os requisitos da motivação, parece certo de que o direito estrangeiro converge em torno da ideia de exigir uma mínima estrutura para a fundamentação da adjudicação dos fatos, baseada numa ideia de enunciação dos «fatos provados», dos «fatos não provados», e das respectivas relações que manteriam com a prova incorporada.

Daí porque se propõe uma alteração legislativa, com a incorporação de um dispositivo como o seguinte:

> "§. Entende-se fundamentado o juízo fático-probatório quando explicitados:
> a) os dados probatórios obtidos a partir do exame de toda a prova incorporada ao processo;
> b) os fatos[603], inclusive os indícios, que foram considerados provados;
> c) os fatos, inclusive os indícios, considerados não-provados;[604]

---

[602] Na redação do item 2, o legislador português corrigiu o excesso de linguagem (referindo-se ao objeto da prova como factos relevantes, retirando as "juridicamente relevantes", deixando claro que a relevância sob o prisma da prova não se resume à ideia de tipicidade ou materialidade.

[603] Na realidade, os enunciados fáticos.

[604] Nesse sentido Elky Paiva: "Entonces, para que la prueba indiciarla pueda ser considerada como prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, resumiendo lo señalando en los apartados anteriores-deben analizarse los siguientes requisitos: i) El hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados; ii) Los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base completamente probados; iii) Para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce entre los hechos base y los hechos consecuencia; iv) Y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en una

> d) a relação entre cada enunciado fático admitido ou rejeitado e os dados probatórios que serviram como razão favorável ou contrária."

Referido modelo ainda poderia ter sua concretização maximizada, notadamente no processo penal, com a fixação de exigência, para a denúncia, da enunciação precisa dos enunciados fáticos, inclusive dos indícios, que serão objeto da prova, e/ou de uma fase de saneamento, onde acusação e defesa delimitariam o que se propõem prova, realizando o juiz, ali, um filtro de relevância.

Registre-se, todavia, que a alteração legislativa é só um passo em direção a uma mudança de cultura, bastando considerar o exemplo do Chile, que parece ter a legislação capaz de projetar uma motivação mais completa, mas que encontra alguma dificuldade de concretização[605].

4.2O CONTROLE SOBRE O ERRO NAVALORAÇÃO DA PROVA

> "Es más fácil identificar los errores que los aciertos (…) más fácil saber cuándo un razonamiento o una

---

comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes.". PAIVA, Elky Alexander Villegas. **La prueba por indícios y su debida motivacón em el proceso penal.** Lima: Gaceta Jurídica, 2019, p. 212.

[605] Daniela Accatino registra a dificuldade de aplicação do novo modelo de motivação trazido pela reforma processual penal no Chile, aduzindo: "nin embargo, las nuevas directrices fijadas por el CPP no requieren sólo la valoración individual de toda la prueba rendida, sino que exigen también que la fundamentación permita "la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones". Lo que esta directiva requiere es que el lector de la sentencia pueda reconstruir el camino entre las premisas del razonamiento probatorio (los elementos probatorios obtenidos de la valoración individual de las pruebas) y las conclusiones probatorias. Es lo mismo que el modelo analítico de fundamentación requiere cuando exige que se consigne la cadena de inferencias que permiten tener por justificadas las conclusiones probatorias. Y es precisamente eso –además de la valoración individual de toda la prueba rendida – lo que parece faltar en las motivaciones que se aproximan al modelo holista o globalizador. Este punto no ha sido, sin embargo, objeto de control por las Cortes de Apelaciones. Ni ellas ni la Corte Suprema, en los casos en que ha fallado recursos de nulidad en que concurría también el motivo de nulidad relativo a la falta de fundamentación de las conclusiones probatorias, han fijado hasta ahora, a través de sus sentencias, criterios claros y estables que precisen cuando el razonamiento probatorio puede ser considerado suficientemente "reproducible". Son varias las razones que pueden explicar estas vacilaciones al momento de definir un modelo de fundamentación exhaustiva de la declaración de hechos probados, capaz de desarrollar satisfactoriamente las directrices fijadas por el CPP. El factor clave a mi juicio es la inexistencia en nuestra práctica jurídica de una cultura asentada de la motivación de los hechos en la que la interpretación de la nueva regulación procesal penal pueda encontrar apoyo. La libertad en la valoración de la prueba y la nueva exigencia de motivación de las conclusiones probatorias constituyen, desde esta perspectiva, novedades necesitadas de una red conceptual que las sustente y que evite la devaluación dela segunda y la disolución de la primera en arbitrariedad. Veíamos antes como en otros sistemas jurídicos el avance hacia una concepción racional de la libre valoración de la prueba y hacia un modelo exhaustivo de motivación ha sido lento y laborioso. Hoy está claro en ese contexto que para llegar a buen puerto es necesaria una teoría que precise cuáles son los criterios de racionalidad que deben orientar la deliberación y estructurarla justificación de las conclusiones probatorias. También la doctrina chilena debiera asumir ese desafío, si quiere evitar que la antigua cultura judicial, reacia a la justificación de la quaestio facti, termine por imponerse a los buenos propósitos del CPP.". ACCATINO, Daniela. La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal: un diagnóstico. **Rev. derecho (Valdivia)** [online], vol.19, n.2, pp. 9-26, 2006, p. 16 e ss.

conclusión es equivocada que cuándo es correcta"[606].

Abordar-se-á, agora, a disciplina das chamadas revisionais, quando se vocacionam ao controle sobre a valoração da prova já realizada e sobre a qual repousa algum tipo de estabilidade.

De logo, admite-se que:

a) tanto no primeiro como no segundo grau de jurisdição, se realiza (ou se deveria realizar) a própria valoração da prova, integralmente submetida à disciplina exposta no capítulo II;

b) quer pela ausência de recurso contra a sentença de primeiro grau, quer pelo pronunciamento definitivo da Corte de apelação (TJ ou TRF), há que se considerar exaurida a valoração da prova;

c) por razões óbvias, há uma tensão no sentido de conferir estabilidade ou imutabilidade ao resultado da valoração — «fato provado» ou «fato não provado» —, já não havendo a possibilidade de (uma ampla) retomada da valoração, sob disciplina exposta no capítulo II.

Assim, não obstante, a necessidade de se valorizar o decidido, desincentivando a perpetuação da disputa sobre os fatos, há que se observar que um modelo que se fechasse completamente ao controle sobre a valoração finalizada equivaleria a um modelo que não admite o erro do julgador que decidiu por último, o que terminaria violando o nosso paradigma, já que, na prática, a verdade seria aquilo que restou definido quando se exauriu a instância de fato, ou, de uma maneira bem direta, que: "acerta quem erra por último"[607].

Ou seja, para seguir em busca de uma disciplina para o controle sobre a valoração da prova (finda), necessário se adira a duas premissas:

a) os marcos normativos voltados a balizar a atuação do sujeito da valoração da prova, terão maior efetividade (entendida como o respeito no plano de sua concretização) à medida que a eles se associarem mecanismos de controle mais rígidos;

b) a adjudicação dos fatos não pode ficar indefinidamente aberta a uma ampla rediscussão, não havendo como negar a existência de um interesse social em se dar por sepultadas as disputas e seguir adiante, de modo que o próprio valor justiça, aqui

---

[606] MALEM SEÑA, Jorge F. **El error judicial y la formación de los jueces**.Barcelona, Gedisa, 2008, p. 110.

[607] "In general, it will have to serve two competing interests, namely that of legal certainty, finality and res judicata on the one hand, and justice in specific and exceptional cases on the other. If this mechanism is set up too narrowly, justice might not prevail. NAN, Joost; LESTRADE, Sjarai. Towards a European right to claim innocence? **European Papers**, v. 5, n. 3, pp. 1325-1340, 2020, p. 1340.

correspondente à «correção do juízo fático-probatório»[608], deve ser, em alguma maneira, relativizado para que os indivíduos possam seguir com seus planos a partir do estado de coisas determinado na decisão, valendo lembrar Radbruch, quando disse que"[...] as injustiças, que possa acarretar determinado mecanismo de realização do Direito, vêm a ser apenas o preço do bem-estar e da tranquilidade gerais"[609].

Assim, uma vez exaurida a «instancia fática ordinária», deve-se tentar conciliar os valores da segurança jurídica (coisa julgada) e da justiça substancial (correção material do juízo fático-probatório), mediante um ajuste do acesso a uma subsequente controle da valoração da prova através das chamadas revisionais, o que, por sua vez, se daria através da fixação dos requisitos autorizadores de uma nova discussão sobre a correção do «juízo fático-probatório coberto por alguma espécie de imutabilidade».

De logo vê-se que dois modelos extremos parecem ser incompatíveis com a ordem jurídica brasileira:

a) a ausência de qualquer meio revisional, porque equivaleria à ideia de que o julgador não erra, algo incompatível com o ideal garantista de verdade perseguido pelo Sistema[610]; e

b) a previsão de uma livre revisão do juízo fático-probatório (ou da valoração já realizada); porque (*b1*)se estaria apenas deslocando o problema da efetividade da disciplina da valoração, que deixaria de se voltar à instância ordinária e passaria à instância revisional, que nada mais seria que um terceiro grau da via ordinária, e também porque (*b2*)a instituição dessa terceira instância terminaria projetando uma sobrecarga ao órgão que dá a última palavra, parecendo certo que os órgãos mais "graduados" têm uma capacidade de trabalho menor que a soma dos órgãos de base.

Daí porque se propõe aqui fazer emergir o que seria visto como o (sub)sistema de revisão ou de controle sobre a valoração da prova encerrada, do qual dependeria (em parte) a efetividade da disciplina abordada no capítulo II.

---

[608] Conferida por uma elevada «credibilidade racional». MENDES, Paulo Sousa. **Causalidade complexa e prova penal.** Coimbra: Almedina, p. 350.

[609] RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**.Trad. L. Cabral de Moncada, São Paulo: Saraiva, 1934, p. 103.

[610] Rogério Lauria Tucci relembra que a Constituição termina impondo meios para o reconhecimento do erro judiciário. (TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 86-87.) De se registrar, ainda, que, embora em muitos ordenamentos não haja uma previsão expressa da reabertura de um caso, com base na alegação de má valoração da prova, percebe-se uma tendência a uma maior abertura para a chamada *post conviction litigation*. Nesse sentido, Brandon Garret, *verbis:* "[...] and that is open to reinvestigating cases that may have been mistaken. While high profile examples of wrongful convictions have often provided the impetus for adopting new standards for claims of innocence, whether those miscarriages of justice result in lasting change may depend less on the traditional legal rules in a jurisdiction than the adaptability of that system to new practical problems.". GARRETT, Brandon L. Towards an International Right to Claim Innocence.**California Law Review**, v. 105. p. 1173-1221. 2017, p. 1220.

4.2.1 O erro na valoração da prova que autoriza sua revisão: a necessidade de um conceito operativo

O termo «erro judiciário» padece uma grave imprecisão; aliás, o próprio termo "erro" pode querer dizer coisas distintas: em inglês, "*mistake*" é mais utilizado para se referir ao desrespeito a determinado padrão ou standard que regula uma determinada ação ou procedimento; "*failure*" está mais relacionada à ideia de falha no resultado, como a não consecução de um determinado objetivo[611]; aqui, "erro" termina podendo significar as duas coisas.

Daí que se utilizará a expressão «erro na valoração da prova»[612] para referir-se a essa primeira acepção, ou seja, para referir-se ao descumprimento da disciplina prevista no capítulo II; «erro judiciário» será empregado numa acepção mais abrangente, justamente porque indica uma abordagem o resultado, significando a falha no cumprimento da finalidade do Sistema (*failure*), quer decorra do desrespeito da disciplina inerente, quer da própria imperfeição do modelo teórico; ou seja, «erro judiciário» aqui equivalerá ao erro substancial: «falso positivo» ou «falso negativo». No âmbito do processo penal condenatório, o «erro judiciário» consistente no «falso positivo» poderá ser chamado de «condenação errônea» (*wrongful convictions*).

Isso implica que um controle sobre a adjudicação dos fatos levada a efeito num dado processo pode operar-se por dois caminhos: *i*) mediante uma nova reconstrução, a partir de

---

[611] VANDERHEIDEN, Elisabeth; MAYER, Claude-Hélène. There Is a Crack in Everything. That's How the Light Gets in: An Introduction to Mistakes, Errors and Failure as Resources. In: Vanderheiden, E., Mayer, CH. (eds.).**Mistakes, Errors and Failures across Cultures**. Springer. 2020, p. 3 e ss.

[612] Jordi Ferrer o chama de "erro inferencial" (FERRER BELTRÁN, Jordi. Prolegómenos para uma teoría sobre los estándares de prueba. El *test case* de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea. In: PAPAYANNIS, Diego et al. (eds.).**Filosofía del derecho privado.** Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 419.), mas o termo não é o melhor, já que o julgador pode violar o modelo já na mera percepção da prova/admissão do enunciado evidencial, como registra Malem Seña (et. al): "Una vez admitida la prueba, el juez ha de conocer cuál es el contenido del material probatorio. Aquí el juzgador puede cometer errores en la observación y en la percepción del material probatorio. Los errores en la percepción y la observación de los jueces pueden afectar a todo tipo de pruebas y no resultan inhabituales en la práctica forense. Su efecto más notorio es que los jueces desconocen el contenido informativo de las pruebas que practican y, por lo tanto, no pueden valorarlo adecuadamente. Las causas de tales equivocaciones son múltiples y de una naturaleza muy variada. Se pueden deber a alteraciones físicas o síquicas del observador, a sus prejuicios ideológicos, a su experiencia, su conocimiento o su cultura, o a la naturaleza excepcional del objeto observado, entre otras.".(MALEM SEÑA, Jorge F.; EZQUIAGA GANUZAS, F. Javier; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. **El error judicial**. La formación de los jueces. Madrid: F.C.J.E, 2009, p. 20-21). " Desde el punto de vista material, la prueba no puede ser arbitraria, irracional o absurda. Lo es cuando los hechos de los cuales se parte no están debidamente acreditados [o los enunciados que a ellos se refieren son falsos] o cuando no existe una vinculación sostenible entre dichos hechos y aquellos que se presumen probados, ya sea porque violan las reglas de la lógica o de la experiencia científica o corriente, o bien por que las conclusiones del razonamiento en su conjunto son contradictorias o absurdas."(Ibidem, p. 21-22).

um quadro probatório diverso, que possa levar a um resultado mais seguro e, consequentemente, revelar o «erro judiciário», ou seja, a uma demonstração de que a proposição que se considerou provada não corresponde com a realidade empírica ou que a proposição que não se considerou provada efetivamente corresponde com ela; ou *ii*) mediante uma revaloração, do próprio conjunto probatório utilizado na primeira reconstrução[613], com vistas a detectar o descumprimento de algum critério decisório e/ou justificador.

Não se cuidará agora do controle do primeiro tipo; o que interessa, por enquanto, é o controle sobre o erro na valoração.

Necessário registrar, também, que se assume como premissa metodológica a distinção entre a «valoração da prova» e o «controle sobre a valoração já exaurida», admitindo-se, por consequência, que o sistema descrito no capítulo II disciplina tanto a atuação do juiz de primeiro grau, como da Corte de Apelação, enquanto ambos têm competência para uma ampla cognição sobre toda a matéria fática, cabendo-lhe resolver o "problema da prova", consistente na verificação da existência e suficiência da prova para legitimar a admissão de uma hipótese como verdadeira.

O «controle sobre a valoração já exaurida», assim, consubstancia-se em uma atuação posterior e *necessariamente limitada em sua cognição*, porque não voltada diretamente a resolver o problema da prova do processo originário, mas a detectar e corrigir «erros» na valoração já realizada por outro órgão e, sobre a qual, repousa alguma imutabilidade.

Daí porque surge imperiosa a necessidade de extrair do ordenamento um conceito operativo de «erro na valoração da prova».

Embora, no plano teórico, possa se falar que o erro (*mistake*) é o descompasso entre aquilo que foi realizado e a resposta correta, entendida como ação esperada de acordo com um determinado padrão ou critério concebido abstratamente[614], deve-se atentar que a disciplina da valoração da prova tem uma textura mais aberta, não fornecendo critérios para juízos de tudo ou nada.

Isso, somado às razões pragmáticas decorrentes da necessidade de se conferir ao juízo fático-probatório uma espécie de estabilidade, reclama um conceito de erro que represente

---

[613] O objeto da análise também poderá abranger os registros do processo de deliberação (gravação de uma sessão de julgamento de um órgão colegiado, p. ex.), confrontando-os com as razões que foram expostas na motivação.

[614] "En un sentido amplio se podría aducir que para que haya un error judicial es necesario que exista una respuesta, o varias respuestas, correcta(s) para un determinado problema jurídico. Además, es necesario que un caso resuelto por un juez o tribunal, en ejercicio de su potestad jurisdiccional, no sea subsumido en alguna de esas respuestas correctas. Estas dos condiciones parecen ser necesarias y suficientes". (MALEM SEÑA, Jorge F. El error judicial y la formación de los jueces. Barcelona: Gedisa. 2008. p. 101).

uma margem de tolerância[615], a ser respeitada pelo órgão responsável pela revisão.

Perceba-se que a margem de tolerância a ser definida deve contemplar tanto (*i*) a ideia do risco de erro (substancial) associado à medida do descumprimento da valoração da prova, ou seja, na medida do possível, o critério de definição do erro que autorizaria a revisão se voltaria a separar aqueles que erros de valoração que carregam maior risco associado (de erro substancial), como, também, (*ii*) pode considerar razões de ordem pragmática como o grau de objetividade com que se demonstra a ocorrência do erro, parecendo certo não haver necessariamente uma relação direta entre o risco de erro que carrega uma determinada «valoração da prova exaurida» e o quão perceptível é o erro que nela se cometeu.

4.2.2 O erro na valoração da provae seu controle via revisão criminal

Nosso legislador parece ter indicado qual erro na valoração da prova autorizaria a revisão criminal. O artigo 621 do Código de Processo Penal, assim dispõe:

> Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:
> I – *quando a sentença condenatória for contrária* ao texto expresso da lei penal ou *à evidência dos autos*;
> II – quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;
> III – quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Tratando-se de rol exaustivo, parece certo de que a hipótese trazida na parte final do inciso I corresponde ao que o legislador definiu como o «erro na valoração da prova que autoriza a revisão da decisão transitada em julgado».

Perceba-se que a previsão do inciso III corresponde à tentativa de demonstração direta do erro substancial, ou seja, da falsidade do enunciado fático admitido como verdadeiro. Já o inciso II não parece ter autonomia, na medida em que a falsidade de depoimentos, exames e documentos, ou seriam detectadas com base em provas novas (e aí se teria configurada a hipótese do inciso III) ou a partir daquilo que já evidenciam os autos (o que faria configurar,

---

[615] Essa ideia de margem de tolerância enquanto ajuste pragmático vem da Metrologia, que assume a impossibilidade de se aferir o valor verdadeiro de uma determinada grandeza física e passa a trabalhar com a ideia de aferição da "incerteza" e indicação do "erro limite", desenvolvendo-se uma teoria do erro, que tem por objetivos: "determinar a melhor aproximação possível para o valor verdadeiro, em termos probabilísticos" e "obter a incerteza no melhor valor obtido, o que significa determinar quanto este melhor valor pode ser diferente do valor verdadeiro (...)". VUOLO, José Henrique. **Fundamentos da teoria dos erros.** São Paulo: Editora Edgard Blücher Ltda, 2005, p. 54.

também, a previsão do inciso I, parte final).

Mas o que significa dizer que uma sentença, ou que aquilo que está registrado numa sentença, contraria a evidência dos autos?

A ideia de contrariedade à evidência, para conferir segurança jurídica à sua concretização, evitando resultados díspares, um indevido fechamento da via revisional e/ou sua seletividade, reclama o devido desenvolvimento.

Todavia, como se verá, nesse ponto a doutrina não parece contribuir para a construção de um critério capaz de conferir a mínima previsibilidade à decisão de admitir, ou não, a contrariedade à evidência dos autos.

Perceba-se, p. ex., em Médici[616]:

a) "evidência da prova não significa, de modo algum, a prova *prima facie* ou prova fácil. No pressuposto de que tal prova já tenha sido adquirida para o processo, significa prova idônea para determinar um juízo de certeza, mesmo que o iter crítico para chegar a tal conclusão não se apresente nem fácil, nem expedito".

b) "a evidência é, pois, a verdade manifesta";

c) "contrariedade à evidência dos autos consiste no antagonismo entre fundamentação ou parte dispositiva da sentença e o conjunto de provas existentes no processo. Trata-se da inobservância ou do desprezo da prova, que enseja condenação equivocada".

Maria Elisabeth Queijo registra duas ideias diversas para a "[...] contrariedade à evidência dos autos". A primeira, relacionada à facilidade com que se percebe a incongruência: "[...] clareza que se manifesta no conjunto dos autos resultante do exame ou apreciação das diversas peças"[617]; "deve predominar a objetividade na aferição do erro judiciário (...) já que a evidência se refere à clareza e à certeza"[618]. A segunda, relacionada à inexistência de qualquer elemento de prova que possa favorecer aquilo que a sentença estabelece, de sorte que "se houver elemento a favor e contra o acusado e a sentença optar por um deles não há sentença contrária à evidência dos autos"[619].

Heráclito Mossin defende as duas concepções, entendendo que a contradição precisa ser clara e manifesta e, também, que, ante à existência de "[...] elementos probatórios pro e contra, e a sentença, certa ou errada, se funda em algum deles, não se pode afirmar que é

---

[616] MÉDICI, Sérgio de Oliveira. **Revisão Criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 160-161.
[617] QUEIJO, Maria Elisabetn. **Da revisão criminal:** condições da ação. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 210.
[618] Ibidem, p. 211.
[619] A autora diverge dessa concepção; entendendo que além de existir prova, a prova deve ser suficiente (Ibidem, p. 210-211).

contra evidência dos autos"[620].

Mais recentemente (2018), Badaró registra as duas ideias, mas as relativiza a ponto de conferir à revisão criminal a possibilidade de se realizar uma livre da (re)valoração da prova: "[...] se a reanálise da prova originária gerou dúvida no espírito do julgador, dúvida essa que igual conjunto poderia ter gerado no juiz de origem, houve condenação na hipótese de dúvida"[621].

Carlos Haddad, já agora em 2022, renova o entendimento anterior: "[...] a expressão "evidência" deve ser entendida como verdade manifesta. A sentença é contrária à evidência dos autos quando essa não se apoia em nenhuma prova produzida no curso do processo, tampouco, subsidiariamente, em elementos informativos produzidos no curso da fase investigatória"[622].

Por fim (2022), Alexandre Coura reverbera o enunciado 117 das mesas de processo penal da Universidade de São Paulo[623], afirmando que sentença condenatória contrária à evidência dos autos "[...] é aquela que fora proferida sem nenhum respaldo nos elementos probatórios contidos nos autos, completamente dissociada do contexto."[624]

Toda essa amplitude de concepções impede a necessária segurança jurídica ao "sistema" de controle sobre a valoração da prova, tanto que se percebe, na praxe judicial, uma oscilação de entendimentos entre dois polos antagônicos: de configurar-se a hipótese do 621, I, parte final, numa terceira instância recursal[625]; e de não se admitir que o órgão revisor sequer reexamine as provas[626].

A situação de indefinição fica ainda mais perceptível quando se vê a doutrina

---

[620] MOSSIN, Heráclito Antônio. **Revisão criminal no direito brasileiro.** São Paulo: Atlas, 1994, p. 82-83.
[621] BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 503.
[622] HADDAD, Carlos Henrique Borlido; SANTOS, Victor Hugo Cardoso dos. O déficit de acesso à justiça sob a via das revisões criminais. **Revista de Processo**, vol. 332/2022, p. 385-405, São Paulo, 2022, p. 393.
[623] "Contrária a evidência dos autos é a sentença que se distanciar por completo da prova produzida, resguardando o princípio do livre convencimento do juiz".
[624] COURA, Alexandre de Castro; CERQUEIRA, Maira Ramos. A revisão criminal e a (im)possibilidade da existência de uma única verdade no processo penal: uma análise à luz da teoria de Karl Raimund Popper. **Revista dos Tribunais**, vol. 1039/2022, p. 345-362, São Paulo, 2022, p. 355.
[625] QUEIJO, Maria Elisabetn. **Da revisão criminal:** condições da ação. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 213.
[626] Isso decorre de uma concepção forte de imediação, o que levou à necessidade de que se dissesse o óbvio: "De venerando acórdão reproduzido na Revista dos Tribunais extraem-se estes argumentos, a meu juízo irrefutáveis, no sentido de que o julgamento da revisão implica, qualquer que seja a amplitude conceitual que se atribua ao instituto, reexame de provas: "parece induvidoso que sem o exame das provas - vale dizer, as da própria ação penal que se quer rever - não é possível saber se a decisão foi ou não contrária a essa evidência, expressão que pode ser interpretada como decorrência de uma apreciação específica da prova, no dizer de Borges da Rosa: a evidência dos autos (...) 'é a clareza que se manifesta no conjunto dos autos, resultante do exame ou apreciação das suas diversas peças' (Processo penal brasileiro, 1942, IV/66)""(Fascículo criminal, capítulo reservado ao TACrimSP, vol. 711/324 et seq.) MORAES, Maria Alice Silva. Âmbito cognitivo da revisão criminal, quando fundada no art. 621, i, segunda hipótese, do CPP. **Doutrinas Essenciais Processo Penal**, vol. 5, p. 1061-1078, 2012, p. 1667.

recorrendo a fórmulas completamente imprecisas, *v. g*, "dizer isso, bem-feitas as contas, é aceitar que aquele elemento sustentador da condenação não era suficiente para elidir a presunção de inocência (...)"[627].

É de se insistir, ainda, que a ausência de critérios objetivos capazes de delimitar que tipo de erro na valoração autorizaria a revisão, ao contrário de fazer concretizar um sistema mais protetivo, que concretize em maior medida o ideal garantista de verdade, termina gerando uma jurisprudência defensiva[628], demasiado restrita, que paradoxalmente, não exclui a possibilidade de que razões desconhecidas, não mapeáveis aprioristicamente, terminem por autorizar esporádicas "reaberturas" de casos.

Forçoso reconhecer que a concepção de contrariedade à evidência dos autos como sendo aquilo aquilo que não se poderia concluir após sua análise, ainda que se faça acompanhado de algum dos adjetivos de costume — a claramente, manifestamente, frontalmente etc.— não tem a menor aptidão para projetar uma concretização segura do sistema de revisão da valoração da prova, viabilizando um subjetivismo incompatível com um modelo garantista.

Assim, tentando seguir em busca de um critério mais objetivo do multicitado dispositivo legal, parece razoável defender que, na revisão com base no artigo 621, I, parte final, não caberiam discussões voltadas a demonstrar que se empregou um raciocínio inferencial subótimo — p. ex. uma totalização apressada ou um mau ajuste entre solidez e relevância de uma generalização —, sob pena de se desprezar por completo os ideais de previsibilidade — já que aí seria mais difícil estabelecer de modo intersubjetivo a partir de onde o erro inferencial seria intolerável —, e de estabilidade do juízo fático probatório.

Caminhando esse sentido, sobressai, como interpretação consentânea com o Sistema tratado no Capítulo II, que a *evidência dos autos* seria justamente o resultado da percepção e

---

[627] MORAES, Maria Alice Silva. Âmbito cognitivo da revisão criminal, quando fundada no art. 621, i, segunda hipótese, do CPP. **Doutrinas Essenciais Processo Penal**, vol. 5, p. 1061-1078, 2012, p. 1670.

[628] A assim chamada jurisprudência defensiva que pode ser representado pelo trecho: "[...] se deve qualificar como contrária à evidência dos autos decisão inteiramente despojada de lastro probatório; é dizer: desse conceito - necessariamente estrito para que se não dilatem incurialmente as fronteiras da província revisional, com indesejáveis reflexos desestabilizadores sobre os domínios da coisa julgada - estão excluídas as decisões, que expressem convicção plasmada por interpretação razoável de concordantes fragmentos do mosaico probatório (...) em síntese: no plano da ação revisional, 'sentença contrária à evidência dos autos' equivale à absurda condenação daquele a quem as provas cabalmente inocentavam; é axiomático que desse gênero não participam as sentenças condenatórias fundadas em prova, que alguns juízes consideram suficiente e outros, não" (Rev. TACrimSP 334.348/1). No mesmo sentido, o STF, por sua 2.ª T., que "Não se pode dizer, face ao princípio do livre convencimento do julgador, que uma decisão, cuja conclusão tem apoio num elemento de prova, contraria a evidência dos autos. Somente há decisão contrária à evidência dos autos, quando a mesma não tem fundamento em nenhuma prova colhida no processo". (HC 55.790, votação unânime, relator o eminente Min. Cordeiro Guerra, Revista Trimestral de Jurisprudência 86/442).

interpretação da realidade empírica em que este se consubstanciam, nos exatos termos defendidos nos itens I.5.1 e II.1; daí que a contrariedade à evidência dos autos ocorrerá toda vez que os autos – ou mais especificamente, a prova preservada – evidenciarem ***A*** e o julgador tiver percebido, interpretado e estabelecido ¬***A***(como enunciado evidencial)ou sequer percebido***A***[629].

Reconhece-se que, numa primeira aproximação, pode parecer demasiado estreita a abertura viabilizada pelo conceito, parecendo contrariar o ideal garantista de verdade; todavia, como não se pode pretender que o legislador forneça um sistema normativo completo, pode-se tomar o disposto no inciso I, parte final, do artigo 621 do Código de Processo Penal, como uma boa partida para o desenvolvimento de um modelo voltado a propiciar um bom balanço entre os valores acima mencionados.

Essa opção se reforça, não apenas pela compatibilidade com o sistema de valoração da prova brasileiro, que exige a ostensão probatória (II.1), como parece ser o único caminho que se abre a partir da letra da lei: deve-se notar que o Código de Processo Penal não usa o termo "evidência" em qualquer outro dispositivo, de sorte que não há sentido em atribuir-lhe um sentido tão amplo, incapaz de divisar de maneira objetiva os casos que teriam acesso à revisão.

Ademais, o estado atual da arte — a doutrina ainda conformando um conjunto heterogêneo de opiniões díspares que deixam os tribunais livres para estipularem seu próprio critério — termina reforçando a ideia de que este é o caminho certo.

De fato, não parece haver um modelo capaz de projetar uma concretização minimamente previsível e que forneça um balanço adequado aos valores que se conflitam, o que autoriza admitir que o sentido da norma sempre foi – ou ao menos, passou a ser a partir da assunção de um modelo garantista, que impõe uma valoração da prova intersubjetivável — o de permitir a revisão tão somente quando a alegação de erro se confinar à violação do princípio da unidade ou da necessidade de prova (II.1 e II.3.2.1), mediante, a desconsideração, a deturpação ou até mesmo a invenção de uma prova.

A melhor leitura do 621, I, parte final, parece ser, então, de que não se autoriza a revisão criminal: *a*) com base numa pretensão (generalizada) de revaloração da prova — ou seja, com base em causas de pedir abertas como "a prova não é suficiente", "não há prova", "o princípio do *in dubio pro reo* restou violado"; ou *b*) para impugnar uma (suposta) sub ou sobrevaloração de um determinado argumento probatório ou de uma determinada

[629] Vale aqui renovar todos os registros relacionados à ingenuidade que seria aceitar uma interpretação unívoca do resultado dessa experiência marcadamente sensorial (I.5.1).

combinação, ou unificação de argumentos.

Caberia ao requerente, então, para ter acesso à revisão, estabelecer uma relação da sentença (dos enunciados ali estabelecidos) com a evidência dos autos (o escrito, o registrado, o documentado), que permitiria enxergar um descompasso entre ambos. Algo como:

a) "os autos evidenciam *A* e a sentença registra *B*";

b) "em relação ao enunciado fático admitido *A*, a sentença não deu conta da evidência $\mathbf{E_1}$, que lhe é contrária (violação da unidade), ou mal interpretou a evidência $\mathbf{E_1}$, que indica *B* e não *A*, como admitido pelo julgador";

c) "em relação ao fato admitido *A*, a sentença faz simples transposição de categorias, extraindo-o do fato *C* sem o reforço de qualquer outro indício; ou seja, a passagem de *C* pra *A* não se dá com apoio em qualquer evidência constante dos autos (violação do princípio da necessidade da prova)".

Ou seja, sob um paradigma racionalista, o sentido de um artigo 621, I, (concebido sob uma concepção subjetivista da prova) certamente muda. Porque evidência tem um sentido próprio e porque o juiz não tem, via liberdade de convicção, autorização para simplesmente "enxergar" nos autos a condenação e/ou absolvição: essa ideia de evidência como compreensão objetiva do todo, como algo captável intuitivamente, "rapidamente" é algo incompatível com o Sistema de valoração da prova (I.3.1).

Reiterando: a abertura correspondente a essa interpretação do artigo 621, I, última parte, não é demasiado estreita. Inventar uma evidência, por exemplo, que num primeiro momento poderia ser considerado absurdo, que remeteria à má-fé do julgador, é algo mais comum do que se imagina[630]: não raro o julgador confia na opinião do investigador ou do próprio acusador sobre a existência de um elemento empírico, como o depoimento de um agente público que declara a existência de um documento ou declaração testemunhal num determinado sentido, quando tais elementos simplesmente não existiam nos autos.

E, como dito há pouco, a partir da compreensão dessa ideia de «erro autorizador da revisão», a doutrina poderia propiciar o devido desenvolvimento do respectivo sistema, para admitir, por exemplo, que contrariaria a evidência dos autos a sentença que, não obstante, estabeleça corretamente $\mathbf{E_1}$, apoia sobre ela $\mathbf{I_1}$, sem que exista uma razão minimamente razoável para tanto (abuso das máximas da experiência).

---

[630] Basta lembrar do estudo de Pennigton e Hastie, abordados no item II.4.2: PENNINGTON, N.; HASTIE, R. Explanation-based decision making: effects on memory structure on judgement.**Journal of Experimental Psychology,** Learning and Memory and Cognition, 14 (3), p. 521-33, 1988; PENNINGTON, N.; HASTIE, R. Evidence evaluation in complex decision making. **Journal of Personality and Social Psychology**, 51(2), 242-258.

É que, na realidade, o estabelecimento da evidência em si, seria apenas meio para iniciar uma cadeia de suporte; sendo fácil defender que o passo seguinte não poderia ser utilizado para aniquilar ou desnaturar a evidência corretamente estabelecida. Explica-se:

a) se o julgador, após o Exame de $*\mathbf{E_1}$, estabelece $\mathbf{E_{1b}}$ (mesmo que qualquer pessoa que examinasse $*\mathbf{E_1}$estabeleceria $\mathbf{E_{1a}}$) mas apoia em $\mathbf{E_{1b}}$ o indício $\mathbf{I_1}$, que poderia ser apoiado em $\mathbf{E_{1a}}$, com base nas mesmas razões que o julgador utilizou para apoiá-lo em $\mathbf{E_{1b}}$, poder-se-ia entender que não haveria, aí, propriamente, uma contrariedade (relevante) à evidência dos autos;

b) mas se o julgador, após o exame de $*\mathbf{E_1}$, corretamente estabelece $\mathbf{E_{1a}}$, mas apoia neste um enunciado $\mathbf{I_{1y}}$, que não guarda a mínima relação (onto)lógica, algo completamente *non sense*, poder-se-ia dizer que $\mathbf{I_{1y}}$ não encontra nenhum apoio na evidência dos autos e que, portanto, sua admissão na sentença também a contraria.

Daí porque, pareceria autorizada a ideia de que mediante o abuso de máximas da experiência a sentença pode contrariar a evidência dos autos. Nesse caso, todavia, deveria se exigir um completo *non sense*.

Enfim, mais importante que definir a natureza jurídica da revisão criminal é definir o ônus relacionado à construção da sua causa de pedir. Tratando-se da via aberta pelo inciso I, última parte, do artigo 621 do Código de Processo Penal, pode-se concluir que não vale a construção de uma causa de pedir típica de uma irresignação recursal. Assim, aquele que quer acionar o Judiciário com o propósito de ver reconhecida uma má operação ou concretização do Sistema de Valoração[631], deve construir um caso de erro, com base na ideia de contrariedade à evidência, no sentido já empregado nos itens I.5 e II.1.

4.2.3 (Idem) via Ação Rescisória

No âmbito do processo cível, o controle sobre erros na valoração da prova exaurida e, portanto, coberta com alguma estabilidade, é previsto no artigo 966 do Código de Processo Civil, a seguir transcrito:

> Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
> (...)
> VI – for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal

[631] Poderá haver revisão por outras razões: (*i*) com base na proposta de demonstrar o erro substancial (*failure*), mediante o incremento de uma nova prova; (*ii*) para ver reconhecido erro na aplicação do Direito material ou (*iii*) o desrespeito às garantias do acusado etc.

> ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;
> VII – obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;
> VIII – for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.
> § 1º Há erro de fato quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado.

Perceba-se que, à semelhança do Código de Processo Penal, o legislador previu a possibilidade de revisão ante o surgimento de prova nova (inciso VII) e por erro na valoração da prova (inciso VIII, c/c §1º). A questão que se põe é se o conceito de «erro de fato» autorizador da revisão é, ou não, o mesmo em ambas as esferas.

Quanto a isso, vale registrar que a redação do revogado Código de 1973 decorreu de um erro grosseiro de tradução e na "importação" da lei italiana[632]; o que sem sombra de dúvidas dificultou o tratamento sistemático da "revisão da valoração da prova cível", indispensável a conferir uma mínima previsibilidade e evitar a seletividade na praxe judicial.

Em primeiro lugar, como registram Fabiana Parro[633], Alexandre Freitas Câmara[634],Sidney Sanches[635], Barbosa Moreira[636], a redação do artigo 485 representa uma tradução equivocada da norma italiana.

No código revogado se determinava que:

> Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando (...)
> IX - fundada em erro de fato, *resultante* de *atos* ou de documentos da causa;
> §1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.
> §2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.

Realmente, não parece haver sentido em falar que na rescisória se conhecerá de erros resultantes de atos e de documentos, notadamente quando se pensa que o legislador estaria ali,

---

[632] Art. 395 (Casi di Revocazione) - Le sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado possono essere impugnate per revocazione: [...] 4) se la sentenza è l'effetto di un errore di fatto risultante dagli atti o documenti della causa. Vi e' questo errore quando la decisione è fondata sulla supposizione di un fatto la cui veritá è incontrastabilmente esclusa, oppure quando è supposta l'inesistenza di un fatto la cui veritá è positivamente stabilita, e tanto nell'uno quanto nell'altro caso se il fato non costitui' un punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare;"

[633] PARRO, Fabiana Monteiro. **O erro na ação rescisória.** Dissertação de Mestrado em Direito perante a Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2011, p. 96 e ss.

[634] CÂMARA, Alexandre Freitas. **Ação Rescisória.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 114

[635] SANCHES, Sydney. Ação rescisória por erro de fato. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**, vol. 7, p. 1189-1222, São Paulo: 2011, p. 1199 e ss.

[636] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 146 e ss.

através dessa "especificação" ajustando quais os erros autorizariam se ultrapassasse a barreira da coisa julgada.

Barbosa Moreira faz dura crítica à redação desse dispositivo, indicando o erro tosco de tradução da norma italiana.Para ele, "*risultante*" deveria ter sido traduzido como "[...] que transparece, que emerge, que ressalta" e "*atis*" deveria ser traduzido como "autos". Assim, a tradução mais correta de "[...] errore di fato risultante dagli atti o documenti dela causa" seria"[...] erro de fato que transparece/sobressai dos autos ou documentos da causa"[637].

A ideia de erro de fato autorizador da rediscussão de decisão coberta por alguma estabilidade já gerava muita controvérsia entre os doutrinadores da Itália, de onde o nosso CPC de 73 importou a disciplina ali definida.

Chiovenda[638] e Calamandrei[639] buscavam fixar a distinção entre o "erro de fato" e o "erro material", sendo que o conceito deste último se aproximava da ideia de erro de declaração ou de expressão do julgador na sentença, enquanto o "erro de fato" ficaria ali entre o erro de percepção (sensorial) e o erro no raciocínio.

A ideia de erro de fato como erro de percepção (ou de interpretação do percebido) é defendida aqui no Brasil, entre outros, por Sidney Sanches[640] e por Fabiana Parro e, como se perceberá logo a seguir, se aproxima muito da ideia de contrariedade à evidência dos autos que há pouco foi defendida para o controle da valoração da prova no processo penal, *verbis*: "[...] outro requisito para a configuração do erro de fato como causa de revogação da sentença, é que o erro *resulte de forma irrefutável dos documentos e autos do processo*. O erro deve resultar, de modo muito claro, dos documentos dos autos, "[..] *sendo, pois, evidente. Assim, o erro de fato deve despontar imediatamente e resultar simples e diretamente dos autos, sem que para sua constatação seja necessário argumentação indutiva ou indagações hermenêuticas.*" (grifou-se).[641]

Como se viu, na redação do novo código de processo civil foi corrigida o erro de tradução; perdendo-se a oportunidade, todavia, de se utilizar uma expressão com sentido mais unívoco que o "erro verificável do exame dos autos".

Todavia, respeitando-se o paradigma de uma valoração racional da prova, parece que

---

[637] Ibidem, p. 146.
[638] CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 278.
[639] CALAMANDREI, Piero. **La cassazione civile**. Torino: Fratelli Bocca, 1920, p. 226.
[640] SANCHES, Sydney. Ação rescisória por erro de fato. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**, vol. 7, p. 1189-1222, São Paulo, 2011, p. 1206.
[641] PARRO, Fabiana Monteiro. **O erro na ação rescisória.** Dissertação de Mestrado em Direito perante a Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2011, p. 100.

certo de que se o erro em uma dada sentença puder ser constatado do (simples) exame dos autos, é porque essa sentença contraria a evidência dos autos; ou se dá esse sentido mais estreito ao termo "exame", de modo a excluir o raciocínio a inferência, ou se estaria autorizando uma nova valoração da prova pelo revisor.

Essa concepção mais estreita parececonferir um bom ajuste entre os ideais de correção material da decisão e de segurança jurídica, assim como o faz no processo penal, e, da mesma forma, gera o ônus para o autor da rescisória de construir um caso de erro, não podendo recorrer a uma causa de pedir típica de uma irresignação recursal genérica.

Por outro lado, o erro de tradução não foi o único problema na importação do modelo italiano de controle sobre erros na valoração da prova.

É que simplesmente se reproduziu exigência contida na lei processual italiana, no sentido de que, para autorizar a revisão da sentença transitada em julgado, o erro de fato, embora constatável pelo mero exame dos autos, não poderia ter sido anteriormente problematizado pelas partes e expressamente resolvido na sentença.

Não se percebeu que a lei italiana havia excluído essa hipótese da revisão, justamente porque disponibilizava outro caminho – o recurso de cassação[642] – para definir sobre uma questão relacionada à percepção/interpretação de um determinado elemento de prova, quandoreferida questão já estivesse demarcada e com as devidas exposições das razões que legitimariam sua superação.[643]

Infelizmente, o legislador de 2015 não corrigiu a impropriedade, mantendo a irracionalidade do Sistema de revisão, que inadmite se reabra a discussão quando já tiver havido uma problematização acerca da percepção/interpretação de um determinado elemento de prova; ou seja, se o erro na admissão de um determinado enunciado evidencial já tiver se convertido numa questão expressamente superada pelo julgador na sentença, o "pau terá se

---

[642] Não só a ordem jurídica italiana, mas outras, como a francesa, admitem a "cassação" de um julgado pelo que se convencionou chamar de deturpação de um escrito. "Por fim, dentre os standards de controle de motivação pelas Cortes Superiores em exercício de cassação tem-se o chamado *desnaturação ou deturpação de um escrito*. Trata-se de um modelo que busca verificar se os órgãos julgadores *a quo,* ao analisar um documento escrito claro e preciso, lhe conferiu interpretação completamente distinta daquela única que poderia ser extraída dele por qualquer pessoa que o analisasse". (AUILO, Rafael. **A valoração judicial da prova no direito brasileiro**. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 177-178). Nesse mesmo sentido: KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 353, p. 15-52, jan.-fev, 2001, p. 40-41.

[643] Nesse sentido, Fabiana Parro, *verbis*: "Além de eventual diferença no sistema dos ônus de impugnação, no direito italiano existe a previsão de outro remédio para as hipóteses de pontos de fato "em que tenha havido controvérsia", que é o "ricorso per cassazione", como notado por Proto Pisani, que ressalta justamente a exigência de ausência de controvérsia feita para a "revocazione" "a differenza del punto di fatto di cui all'art. 360, n. 5" [ricorso per cassazione], na qual não se exige a ausência de controvérsia.". PARRO, Fabiana Monteiro. **O erro na ação rescisória.** Dissertação de Mestrado em Direito perante a Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2011, p. 102.

convertido em pedra" de forma definitiva.

Essa distinção mostra-se absolutamente sem qualquer sentido, porque:

a) veda o caminho para a retificação do erro justamente para casos de erros mais graves; já que dizer que "pau" é "pedra" por um deslize do juiz e da parte, que não o alertou, é certamente menos grave que dizer o mesmo, apesar dos requerimentos e protestos do interessado;

b) impede se obtenha uma decisão por um órgão de maior grau (o da rescisória) justamente para o advogado que se mostrou diligente, terminando por brindar de sucesso estratégias pouco ortodoxas, como deixar o juiz perseverar no erro, para tentar a sorte na rescisória[644].

Assim, enquanto, não superada a impropriedade em que consiste a parte final do §1º do artigo 966 do CPC — "[...] sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado" —, sobraria, para o advogado combativo, defender a violação da própria ordem jurídica— o princípio da necessidade e/ou identidade da prova —, o que é defendido por Fabiana Parro[645] e parece já ter sido endossado pelo próprio STJ[646].

Daí porque, abstraindo a questão relacionada a impossibilidade de conhecimento de erro que, embora verificável do (simples) exame dos autos, foi convertido em questão e superado na sentença ou acórdão sob revisão, pode-se estender, à revisão da valoração da prova no âmbito do processo civil, aquilo que se considerou aplicável à revisão da valoração da prova em casos penais: a necessidade da construção de um caso de erro; a possibilidade de estender a revisão para casos de desconsideração, deturpação e invenção de evidências, inclusive de abuso de máximas que venham a gerar efeitos equivalentes a estes três primeiros vícios.

---

[644] No mesmo sentido, outra vez Fabiana Parro: "Ademais, não nos parece lógico que, caso a parte tenha permanecido inerte (agindo até com desídia), possa valer-se da ação rescisória, enquanto que a outra que tenha sido mais combativa, atacando o ponto de fato (e não obstante tal controvérsia, o juiz, agindo de modo equivocado, tenha se mantido inerte) seja tolhida da possibilidade de ajuizar demanda rescisória, apesar do erro judicial existente. Demais disso, como se disse, o erro de fato é cometido pelo juiz, não pelas partes e, dessa forma, não pode assumir relevo a atitude das partes na verificação do erro de fato para a ação rescisória, pois se trata de ato exclusivamente do juiz. Seria impor à parte um prejuízo (vedando-lhe a utilização da ação rescisória para verificação de um erro de fato supostamente existente na sentença), por um equívoco a que não deu causa (pois dependente somente do ato do juiz que proferiu a decisão viciada). Conclusão em sentido contrário, ou seja, vedando o uso da ação rescisória por erro quando houvesse controvérsia entre as partes, só poderia ser admitida, caso fosse disponibilizada à parte, outra ferramenta para defesa de seus direitos, tal como no direito italiano." (Idem, p. 102).

[645] *Ibidem*, p. 103.

[646] Decisão mencionada no item II.1.2. Leonardo Carneiro da Cunha (ei. al.) aponta outros julgados onde o julgado reinterpretou cláusulas de contratos escritos. CUNHA. Leonardo Carneiro da; TERCEIRO NETO, João Otávio. Recurso especial e interpretação do contrato. **Revista de Processo**, v. 275, p. 257-270, 2018, p. 265.

4.3 A Atualização dos Saberes que Permeiam a Valoração Da Prova na Praxe

> "Los problemas penales no pueden seguir manejados por el empirismo y la oratoria, y que en las pesquisas del delito, en las acusaciones y defensas y *en los fallos de los tribunales, se precisa más ciencia y mejor técnica*."[647]

> "[…] I shall treat 'law' more broadly as a kind of institution which embodies not only rules, but also principles, procedures, practices, craft-traditions, devices, and ways of thought which are sufficiently established to be describable and which are specialized to performing a number of jobs or tasks in society".[648]

O Sistema descrito no capítulo II, por reconhecer que a valoração da prova é voltada a produzir conhecimento que assuma credenciais epistêmicas para ser admitido como a verdade, abre-se, já no plano do dever-ser, à Epistemologia e ao conhecimento produzido pelas ciências que fizeram da prova judicial objeto de estudo: psicologia social e cognitiva, lógica, estatística.

Daí que os critérios para uma adequada valoração da prova já se conformam em saberes "metodológicos" e em conhecimento de mundo (II.4), que precisam ser dominados pelo julgador.

Entretanto, do estabelecimento dessa abertura conformadora da própria disciplina da valoração da prova à efetiva aplicação desses saberes na praxe judicial há uma enorme distância a ser percorrida.

É certo que o próprio Sistema "teórico" poderia "migrar" naturalmente para o "senso comum judiciário"[649], a partir de um debate na doutrina, com sua repercussão na jurisprudência; isso porque, como se viu (II.4), o senso comum e o conhecimento científico não são categorias estanques.

Todavia, essa migração natural demandaria muito tempo e geraria muitos danos. A frase de François Gorphe — "[...] a ciência do testemunho é demasiado recente para que os legisladores já tenham decidido seguir os seus novos caminhos"[650]— basta para substituir

---

[647] ASÚA, Luis Jiménez de. **Crónica Del Crimen.**Buenos Aires: Pannedille, 1970, p. 116

[648] TWINING, William. **Rethinking Evidence:** Exploratory Essays (2nd ed., Law in Context). Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 193.

[649] LLEWELLYN, Karl. The Theory of Legal Science.**North Carolina Law Review**, v. 20, n. 1, pp. 1-23, 1941, p. 22. 1

[650] "La science du témoignage est trop récente pour qu'elle ait encore décidé les législateurs à suivre ses nouvelles voies.".GORPHE, François. **La critique du temoignage**. Paris: Librairie Dalloz, 1924, p. 32.

qualquer esforço voltado a demonstrar que essa migração natural se opera numa velocidade insatisfatória; isso porque ela poderia ter sido dita ontem[651], mas o foi há exatos 99 anos.

Por outro lado, como dito mais acima (I.1.6, I.3.1, 2.3.3), esse conhecimento transdisciplinar que se agrega ao Sistema de valoração revela a completa inadequação da concepção benthaniana de raciocínio probatório, segundo a qual este não se distinguiria do modo de pensar que os indivíduos em geral encaram seus problemas cotidianos[652]; ou seja, sobressai clara insuficiência do senso comum enquanto forma de pensar, dado que é acrítico, ultra confiante nos sentidos e nas capacidades cognitivas[653]; já tendo restado assentado que Sistema impõe ao julgador uma atitude crítica, um atuar com cautela e uma determinada forma de raciocinar contraintuitiva.

---

[651] Em reforço, recente pesquisa feita por Lilian Stein (et. al.), que demonstra o alheamento dos juízes brasileiros em relação aos saberes mais básicos da psicologia do testemunho.STEIN, Lilian. SCHMIDT, Sabrina; KRIMBERG, Júlia Schneider. Conhecimento dos magistrados sobre processos de memória nos relatos testemunhais e no reconhecimento de pessoas. **Revista brasileira de ciências criminais**, v. 28, n. 173, p. 201-243, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

[652] Alex Stein critica a prova livre, porque não traz uma teoria do peso probatório e registra que essa omissão é inerente a uma de suas próprias ideias centrais – de que o raciocínio probatório é o mesmo que se usa para os assuntos do cotidiano. "Judges and jurors do not therefore need any special rules that will tell them how to resolve disagreements about empirical facts. Armed with experimental knowledge, wich proved to be creditworthy, they are capable of resolving such disagreements by relying on evidence.". STEIN, A. The Refoundation of Evidence Law. **Canadian Journal of Law & Jurisprudence**, 9(2), 279-342, 1996, p. 283.

[653] O senso comum, entendido como uma habilidade inata do indivíduo, que lhe permitiria, mesmo sem o completo domínio das razões inerentes, conhecer algo e obter conclusões seguras – ou seja, o senso comum como forma de pensar que permitiria "[...] saber sem saber como se soube e sem saber dizer como se soube" – não passa de um mito. Assim: "Finally, mounting empirical data from psychological studies suggest that lay persons such as jurors inadequately evaluate the testimony of others."' These psychological studies, in effect, suggest that common sense is a myth." (FRIEDLAND. Steven I. On common sense and the evaluation of witness credibility. **Case Western Reserve Law Review**, Vol. 40, Issue 1, p. 165-226, 1990, p. 167). Ho Hock Lai chama a atenção para a questão relacionada a (in)adequação do senso comum para as decisões judiciais. *In* verbis: "On the one side we have judges like Lord Diplock who think that the task of determining guilt is no more esoteric than 'applying to the evidence adduced at the trial the common sense with which [fact-finders] approach matters of importance to them in their ordinary lives'.[90] Similarly, Lord Chief Baron Pollock is reported to have told the jury: 'If the conclusion to which you are conducted be that there is that degree of certainty in the case that you would act upon it in your own grave and important concerns, that is the degree of certainty which the law requires, and which will justify you in returning a verdict of guilty.'[91] On the other side we have cases like R v Lifchus,[92] where the Canadian Supreme Court held that 'beyond reasonable doubt' is not an 'ordinary' concept and that it is inappropriate when applying it to employ the reasoning that one uses in making practical decisions, even those that are of utmost importance in one's life. Ginsburg J took a similar position in the United States Supreme Court case of Victor v Nebraska.[93] Judges in the second camp may be interpreted as insisting, and they would be right to insist, that practical rationality does not govern legal fact-finding in the same way as it does choices of action people make outside the courtroom. The 'domestic analogy' was rejected by the New Zealand Court of Appeal with the observation that such choices are often 'influenced by elements of speculation, hope, prejudice, emotion'.[94] In our daily lives, we frequently act, as we must, amidst uncertainty by taking calculated risks.[95] For instance, a person may choose to undergo life-threatening surgery (which certainly qualifies as a 'grave and important' matter) even though she does not believe that the operation will in fact succeed. Her choice is rational if she knows that imminent death is even more likely were she to forego the operation." (HOCK LAI, Ho. **A philosophy of evidence law:** justice in the search for truth. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 191). No mesmo sentido: BRAGA DAMASCENO, Fernando. A Constituição e a valoração da prova judicial: entre a indiferença e um mandamento de redução do risco de erro. **ReJuB - Revista Judicial Brasileira**, v. 1 n. 1, p. 37 – 59, Brasília: ENFAM, 2021, p. 47 e ss.

Assim, um Sistema que se isola e para na definição de uma estrutura básica para o raciocínio e/ou na afirmação de que os juízes devem aplicar a "sana crítica" é um Sistema fadado a um enorme déficit entre o ser e o dever-ser.

Registre, ademais, que o Sistema, que, em certa medida, pode ser tomado como uma imposição de uma determinada forma de pensar e, também, porque necessário a esta, um determinando "[...]*portar-se intelectualmente*", com uma determinada singularidade subjetiva — que lhe permitia perceber aspectos significativos/juridicamente relevantes—, gera um grande problema relacionado àmaximização de sua concretização na praxe judiciária[654]. Afinal, não será por obra do acaso[655] que se concretizará uma valoração adequada, que, segundo a norma, deveria corresponder a uma análise cuidadosa de cada uma das evidências, seguida de um processo de unificação baseada numa comparação entre as teorias explicativas causais, que, por sua vez, se daria de acordo com um conhecimento (do mundo) seguro, atualizado e descontaminado de preconcepções ultrapassadas e/ou preconceituosas.

Daí que um sistema de valoração da prova que se propõe garantista, reconhecendo a necessidade de contenção do arbítrio do decisor, com base critérios voltados à produção do conhecimento verdadeiro, reclama, ao menos, se ultrapasse uma primeira ordem normativa, mediante a previsão de caminhos capazes de fazer com que a prática judicial seja permeada por saberes, que, como dito há pouco, não são apenas teóricos, mas abrangem determinadas habilidades (saber fazer) e atitudes ou posturas (saber ser), o que faz emergir de logo diversas questões relacionadas às necessidades formativas do julgador, notadamente sobre:

a) o que se deve fazer ou qual o caminho seguir, para maximizar essa migração de um dado saber?

b) sendo limitados os recursos, notadamente o tempo que se dispõe, como se definem as prioridades formativas?

c) entre saberes excludentes, notadamente os relacionados aos valores (ou ideologias), quais deveriam prevalecer?

---

[654] Manuel Atienza registra que "la racionalidad judicial no implica únicamente el manejo del razonamiento abstracto, sino también una capacidad para comprender la singularidad del caso concreto, lo cual exige cierto tipo de experiencia del mundo, de empatía, etc. que la literatura puede ayudar a poseer. La autora no niega la importancia de la argumentación racional (y, en particular, de la racionalidad económica) para la justificación de las decisiones judiciales, pero considera que las emociones (o cierto tipo de emociones) no sólo no enturbian la razón, sino que la potencian.".ATIENZA, Manuel. **Cuestiones Judiciales**. México: Fontamara, 2002, p. 145.

[655] Destaca-se, por exemplo, que "os maiores obstáculos à busca de aprimoramento constante pelo juiz são a comodidade e a vaidosa presunção de que não precisa mais estudar porque já sabe tudo. Esta última postura resulta da falta de humildade, virtude indispensável para quem se dispõe a aprender. SEREJO, Lourival.**Comentários ao código de ética da magistratura nacional.**Brasília: ENFAM, 2011, p. 91.

d) quem define tudo isso?[656]

Perfecto Ibañez é elucidativo nisso:

> "*Determinar qué conocimientos, habilidades y competencias* han de tener los jueces ha sido, desde siempre, una cuestión controvertida. La falta de consenso acerca de cuáles deben ser las aptitudes y actitudes de quienes ejercen la actividad jurisdiccional se debe, en parte, a los diferentes modelos de jueces existentes y, en parte, también a los distintos modos cómo se concibe la tarea de juzgar y hacer cumplir lo juzgado. Y estas desavenencias ocurren incluso con el marco constitucional como referencia. En este trabajo se asumirá que el juez debe decidir todos los casos que conoce según su competencia conforme a derecho. Y que ha de hacerlo motivadamente en un contexto de independencia e imparcialidad. Para poder cumplir con estos requisitos, y otros más que no voy a mencionar aquí, impuestos por la legislación vigente, el juez ha de tener al menos los siguientes: conocimiento, aptitudes y actitudes."[657]

A essas dificuldades gerais, deve somar-se que o Sistema descrito (ou construído) no capítulo II tem baixa densidade normativa, precisa de um atuar da doutrina e, na sequência, da jurisprudência, para atribuir-lhe uma previsibilidade adequada. Isso, todavia, não impede, muito ao contrário, recomenda, uma atuação direta dos gestores responsáveis pela qualidade dos serviços judiciais.

4.3.1 A atualização dos saberes que operam na praxe judicial: entre o modelo deontológico e o educacional

Preliminarmente, vale relembrar que a ideia de modelo, que aqui se recorre, equivale à de modelo-limite, que pode não ser sequer configurável na praxe. Um modelo deontológico "limite" seria, assim, aquele que se resume a colocar como dever do juiz o de diligenciar no sentido de adquirir o conhecimento de mundo mais atualizado, além incorporar as atitudes e habilidades exigidas para o bom desempenho de suas funções. O modelo educacional "limite" equivaleria à assunção pelo próprio Estado, exclusivamente, da responsabilidade por essa atualização.

a) o modelo deontológico

Em tese, a instituição de um "dever-geral de atualização" teria alguma aptidão para acelerar reduzir a assimetria entre o «conhecimento de mundo atualizado» e aquele que se

---

[656] Ou de modo muito mais resumido: "[...] tenemos que formularnos especialmente preguntas como: ¿formación para quién y para qué?, ¿qué tipo de formación, para qué juez y para hacer qué?". IPPOLITO, Franco. La formación de los magistrados. **Jueces para la democracia**. n. 50, págs., 21-24, 2004, p. 21.

[657] MALEM SEÑA, Jorge F.; EZQUIAGA GANUZAS, F. Javier; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. El error judicial. **La formación de los jueces**, Madrid: F.C.J.E, 2009, p. 95-96.

concretiza a praxe judicial. Isso, aliás, é muito comum em relação a outros profissionais: basta ir ao código de ética da medicina, para constatar que ali se fixa, como dever do médico, um atuar profissional "com o máximo de zelo e com o melhor de sua capacidade", competindo-lhe "aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico" e "usar o melhor do progresso científico[658].

A Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35/1979) não cuida do tema[659], mas o Código de Ética da Magistratura Nacional estabelece a "exigência de conhecimento e de capacitação permanente dos magistrados", esclarecendo que esta não se resume ao conhecimento sobre o Direito vigente, mas abrange "as capacidades técnicas e as atitudes éticas adequadas para aplicá-lo corretamente" e, também, o conhecimento e técnicas desenvolvidas em outras áreas do conhecimento".

Constata-se, ademais, que o sistema deontológico se abre ao educacional, enquanto se estabelece, ali, o dever do juiz de "[...] manter uma atitude de colaboração ativa em todas as atividades que conduzem à formação judicial", bem assim, de facilitar e promover a formação de seus colegas, propiciando que "[...] a instituição de que faz parte ofereça os meios para que sua formação seja permanente".[660]

---

[658] "Princípios fundamentais: (...) II - O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional. (...) V - Compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente. (...) É vedado ao médico: (...) Art. 32. Deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente. (...) Art. 102. Deixar de utilizar a terapêutica correta, quando seu uso estiver liberado no País. (Código de Ética Médica. Disponível em https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf, Acesso em 24 jan. 2023.

[659] "Art. 35 - São deveres do magistrado: I - Cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício; II - não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar; III - determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais; IV - tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quanto se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência; V - residir na sede da Comarca salvo autorização do órgão disciplinar a que estiver subordinado; VI - comparecer pontualmente à hora de iniciar-se o expediente ou a sessão, e não se ausentar injustificadamente antes de seu término; VII - exercer assídua fiscalização sobre os subordinados, especialmente no que se refere à cobrança de custas e emolumentos, embora não haja reclamação das partes; VIII - manter conduta irrepreensível na vida pública e particular."

[660] Código de Ética da Magistratura Nacional (...) Capítulo X - *Conhecimento e Capacitação*:
"Art. 29. A exigência de conhecimento e de capacitação permanente dos magistrados tem como fundamento o direito dos jurisdicionados e da sociedade em geral à obtenção de um serviço de qualidade na administração de Justiça.
Art. 30. O magistrado bem formado é o que conhece o Direito vigente e desenvolveu as capacidades técnicas e as atitudes éticas adequadas para aplicá-lo corretamente.
Art. 31. A obrigação de formação contínua dos magistrados estende-se tanto às matérias especificamente jurídicas quanto no que se refere aos conhecimentos e técnicas que possam favorecer o melhor cumprimento das funções judiciais.
Art. 32. O conhecimento e a capacitação dos magistrados adquirem uma intensidade especial no que se relaciona com as matérias, as técnicas e as atitudes que levem à máxima proteção dos direitos humanos e ao desenvolvimento dos valores constitucionais.

No sentido dessa abertura, também vão os Princípios de Bangalore[661]. Ali se estabelece como sexto valor que a "[...] competência e diligência são pré-requisitos da devida execução do ofício judicante", o que abrange o dever do juiz de "[...] tomar medidas sensatas para manter e aumentar o seu conhecimento, habilidade e qualidades pessoais necessárias para a execução apropriada dos deveres judiciais, tomando vantagem, para esse fim, de treinamentos e outros recursos que possam estar disponíveis, *sob controle judicial*, para os juízes."[662]

b) o modelo educacional[663]

Art. 33. O magistrado deve facilitar e promover, na medida do possível, a formação dos outros membros do órgão judicial.
Art. 34. O magistrado deve manter uma atitude de colaboração ativa em todas as atividades que conduzem à formação judicial.
Art.35. O magistrado deve esforçar-se para contribuir com os seus conhecimentos teóricos e práticos ao melhor desenvolvimento do Direito e à administração da Justiça.
Art. 36. É dever do magistrado atuar no sentido de que a instituição de que faz parte ofereça os meios para que sua formação seja permanente." Disponível em https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura/ Acesso em 25 fev. 2023.

[661] "Os Princípios de Conduta Judicial de Bangalore é um projeto de Código Judicial em âmbito global, elaborado com base em outros códigos e estatutos, nacionais, regionais e internacionais, sobre o tema, dentre eles a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU. Essa declaração de direitos prevê um julgamento igualitário, justo e público, por tribunal independente e imparcial, princípio de aceitação geral pelos Estados-Membros." UNODOC. **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial**. Escritório Contra Drogas e Crime. Trad. Marlon da Silva Malha, Ariane Emílio Kloth. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008, p. 7. pdf.

[662] "192. A competência na execução dos deveres judiciais requer conhecimento legal, habilidade, minúcia e preparação. (...)
Todo juiz deve submeter-se a formas de treinamento
199. A independência do Judiciário confere direitos ao juiz, mas também lhe impõe obrigações éticas. Essa última inclui o dever de executar o trabalho judicial profissionalmente e diligentemente. Isso implica que o juiz deve ter substancial habilidade profissional, adquirida, mantida e regularmente reforçada por treinamento ao qual ele tem o dever, bem como o direito, de submeter-se. É altamente recomendável, se não essencial, que, à primeira nomeação, um juiz deva receber treinamento detalhado, em profundidade e diversificado, apropriado para a sua experiência profissional, de modo que possa executar satisfatoriamente suas funções. O conhecimento que é exigido pode-se estender não somente aos aspectos da lei substantiva e processual, mas igualmente ao impacto da vida real na lei e nas cortes. 200. ... no passado acreditava-se que um juiz adquiria tais conhecimentos no curso da prática diária como advogado. (...)
Treinamento no serviço para todos os níveis da magistratura
203. Além do conhecimento básico que todo juiz necessita adquirir no início da sua carreira, um juiz está comprometido, desde a nomeação, a perpetuamente estudar e aprender. O Judiciário deve ser responsável pelo treinamento dos juízes 204. Embora o Estado tenha o dever de prover os recursos necessários e arcar com os custos, com o apoio da comunidade internacional se necessário, o Judiciário deve exercer o papel principal, ou ele mesmo ser responsável pela organização e supervisão do treinamento dos juízes. (...) As associações de juízes também podem desempenhar um papel significativo ao encorajar e facilitar a realização de treinos para juízes.
A autoridade de treinamento deve ser diferente da disciplinar e da de nomeação. 205. Com vistas a assegurar a apropriada separação de papéis, é desejável que a mesma autoridade não deva ser diretamente responsável tanto pelo treinamento quanto pela atividade disciplinar de juízes. Aqueles responsáveis pelo treinamento não devem ser diretamente responsáveis pela promoção ou nomeação de juízes. Sob a autoridade do Judiciário ou de outro corpo independente, o treinamento deve ser confiado a estabelecimento especial autônomo (...)". UNODOC. **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial.** Escritório Contra Drogas e Crime. Trad. Marlon da Silva Malha, Ariane Emílio Kloth. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008, p. 7. pdf.

[663] A expressão vem de Ronald Allen, que a usa quando aborda a valoração da prova pericial (ALLEN, Ronald. The conceptual challenge of expert evidence. **Revista Discusiones Filosóficas**, 14(23), pp. 41-65, 2013, p. 51).

A concretização de um modelo puramente deontológico sofreria enormes dificuldades, bem assim projetaria uma baixíssima eficácia, sendo evidente sua incapacidade de fornecer respostas satisfatórias às questões levantadas há pouco; daí porque ele deve mesmo se voltar a reforçar um modelo educacional, já que não haveria mesmo como deixar de reconhecer que a formação (inicial e contínua) do juiz é (também) dever do Estado. Nesse sentido, a assunção com seriedade de um sistema voltado à formação dos juízes é algo considerado essencial mundo afora[664].

O Conselho Nacional de Justiça, órgão de cúpula do sistema disciplinar do Judiciário brasileiro, ao contrário do seu equivalente espanhol[665], não interfere na estruturação do sistema educacional[666]— p. ex. definindo seus princípios gerais e pedagógicos, o conteúdo das formações etc —, resumindo-se a atuações pontuais e a disciplina geral dos concursos de seleção para a magistratura, o que deveria configurar um norte para a formação, na medida em que, por razões óbvias, deveriam estar dirigidas à mesma finalidade; tanto é verdade que em muitos países, a formação inicial do juiz é uma complementação da fase de seleção. Aqui, opera-se depois do ingresso na carreira, todavia, numa hipótese ou noutra, é indispensável um concerto as duas atividades: a seleção (no sentido mais estreito) e formação. [667]

Assim também: VÁZQUEZ, Carmen. La división del trabajo cognitivo en la prueba pericial: el juez, las partes, los peritos y las comunidades expertas. **Discusiones**, n. 24, pp. 113 a 140, 2020, p. 121.

[664] "In this sense, the European Commission has made judicial training a priority of its policy since 2006.2 and in 2011 presented its own strategy, initially not yet labelled as such, according to which half of all legal practitioners in the EU (estimated at 1,400,000) should have participated in training in European law or the law of another Member State by 2020. The Commission has been providing significant funding for judicial training under the EU Justice Programme and other programmes ever since". (HEUSEL, Wolfgang. **The organization of judicial training in Europe.** ERA Forum 22, 675–686, 2021, p. 676.) A importância do treinamento judicial pode ser refletida em pesquisa quantitativa que revela a enorme variação, p. ex. entre o que se gasta por juiz anualmente a título de treinamento, o que pode ter uma variação de mais de 3.000% (Idem, p. 682); ainda assim o assunto parece ser levado a sério: na Europa, p. ex. que assume uma estratégia voltada a conferir um nível mínimo de conhecimento para o juiz, pesquisa demonstrou que, em 2019, 62% dos juízes de 27 países diferentes participaram de algum treinamento. *In verbis*: "The EU strategy can not impose training obligations but rather mainly creates incentives and, due to the thematic focus on Union law, is limited to rather low minimum standards with regard to the scope of training, the actual purpose of which is not a minimum level of training but a minimum level of knowledge and skills relevant for the functioning of the common area of justice". Ibidem, p. 676.

[665] Consejo General del Poder Judicial (Disponível em: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/ Acesso em 25 fev. 2023). Segundo a Lei orgânica do poder judiciário espanhol (n. 6/1985), "[...] artículo 433 bis. 1. El Consejo General del Poder Judicial garantizará que todos los Jueces y Magistrados reciban una formación continuada, individualizada, especializada y de alta calidad durante toda su carrera profesional. 2. El Consejo General del Poder Judicial establecerá reglamentariamente un Plan de Formación Continuada de la Carrera Judicial en el que se detallarán los objetivos, contenidos, prioridades formativas y la programación plurianual de estas actuaciones.".

[666] Isso, em tese, seria possível, na medida em que é dever dos gestores do Judiciário a promoção de uma formação adequada aos princípios e finalidades da atividade jurisdicional; embora não seja simples dizer até onde o CNJ poderia ir, já que existe órgão estabelecido pela própria Constituição para cuidar dessas diretrizes.

[667] "La formación inicial en la Escuela Judicial ... se trata de proporcionar al futuro juez o jueza los *conocimientos* jurídicos y ajenos al derecho (psicología, medicina forense, contabilidad, idiomas) que precisa

A omissão do CNJ se explica porque o próprio legislador constituinte instituiu a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura (ENFAM) —a quem cabe "[...] regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira — e expressamente condicionou o vitaliciamento dos juízes à realização de curso de formação inicial[668], o que terminou por elevar à categoria de garantia constitucional, com a de um juiz independente e imparcial, o direito a um juiz capacitado.

Desse modo, o Brasil terminou optando por um modelo de escola judicial[669], assim como fez a maioria dos países europeus[670]. Referido modelo se funda na ideia de que é o

---

para el ejercicio de la jurisdicción ... se pretende *adiestrarle* en la argumentación, *poniendo en práctica los conocimientos* ... además, se intenta que se *haga consciente* de la trascendencia social de su futura función y que *incorpore plenamente los valores* constitucionales en su que ... sin olvidar que en la formación del juez o jueza debe *estar incluida la inteligencia emocional* (...) No es admisible hacer un derroche de esfuerzo en un determinado sentido en una concreta fase formativa para, después, hacer otro esfuerzo en sentido contrario, en la fase siguiente, en orden a corregir las deficiencias ocasionadas por el esfuerzo anterior enfocado hacia aspectos que nada tienen que ver con el objetivo final.". AZÓN, Félix V.; MARTÍNEZ, Carlos Gómez. **Nuevo modelo de acceso a la carrera judicial, de formación inicial y continuada.**Madrid: Fundación Antonio Carretero, 2008, p. 35.

[668] CF/88 - Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IV - previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Art. 105. § 1º Funcionarão junto ao Superior Tribunal de Justiça: I - a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

[669] Em tese, o modelo educacional poderia se implementar mediante a delegação da formação para entidades educacionais públicas ou mesmo privadas. Mas o modelo de Escola Judicial tem sido considerado essencial, confira-se: "Como punto de partida, se ha acordado que la capacitación debe ser una prioridad para los Poderes Judiciales por considerar que en la medida en que jueces y magistrados estén mejor capacitados, estarán en condiciones de responder mejor en su desempeño a las expectativas de la sociedad. Con el propósito de fortalecer la capacitación de los futuros juzgadores resulta esencial establecer Escuelas Judiciales para la formación inicial y permanente, tanto sea como recic1aje, actualización o especialización. A su vez, se entiende que esta capacitación deberá considerarse como una causa de preferencia para el ingreso y ascenso en la carrera judicial. En ese marco, las Escuelas Judiciales se constituyen en el instrumento adecuado para obtener los objetivos propuestos y, por consiguiente, se impulsará su establecimiento, fortalecimiento e incidencia en la carrera judicial. Las Escuelas Judiciales concertaran con las facultades de derecho el intercambio de información referente a la vocación de los estudiantes por la carrera judicial, su interés por esta y la imagen que tiene la comunidad universitaria de la rama judicial y de los jueces. Se entiende que las actividades de formación y capacitación integral, tanto de los postulantes a ingresar en la carrera como de los jueces en actividad, deberán adecuarse aI modelo o perfil que determinen las pautas nacionales en cada caso. No obstante, se acordarán objetivos de la Escuela Judicial en dos funciones o áreas, la de formación inicial y la de formación continua." (**Conclusões da IV Reunião Preparatória à VIII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos da Justicia e ao IV Encuentro Iberoamericano de Consejos de La Judicatura**, p. 89. Disponível em https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/RP/article/view/3624/3735 Acesso em 25 fev. 2023.). No mesmo sentido, Franco Ippolito: "Una magistratura profesional requiere una formación profesional adecuada, formación inicial y formación permanente, para las cuales es indispensable una escuela judicial. Una escuela judicial de alto nivel es factor necesario para el fortalecimiento del poder judicial y para garantizar la independencia del juez y al mismo tiempo los derechos de los ciudadanos.". IPPOLITO, Franco. La formación de los magistrados. **Jueces para la democracia**. n. 50, págs. 21-24, 2004, p. 21.

[670] Para conhecer mais sobre as escolas judiciais europeias e também sobre a rede europeia de formação de juízes: LIGÜERRE, Carlos Gómez. **Juízes na Europa:** formação m selecção, promoção e avaliação. Lisboa:

próprio Judiciário que, além de estabelecer as diretrizes gerais e estratégias pedagógicas, deve conduzir a formação e aperfeiçoamento do Juiz, o que decorre do reconhecimento de que o treinamento do julgador, quer na sua formação inicial, quer no seu aperfeiçoamento contínuo, é um meio de interferir na própria jurisdição.

Agindo no sentido de implementar essa nova política pública, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) firmou opção político-educacional centrada na ética e humanismo[671], bem assim definiu, na mesma linha que a escola francesa de formação de juízes, que as estratégias pedagógicas se voltarãoao desenvolvimento de competências[672], reconhecendo na partida a inaptidão de uma formação que se resumiria à mera transmissão de conhecimento teórico[673], o que parece ter sido feito também em toda a Europa.[674]

Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2014.

[671] "*3. Fundamentos.* Guiada pela opção político-educacional do humanismo e da ética como ideal de formação dos juízes brasileiros, a Enfam compreende que o homem-juiz deve ser desenvolvido integralmente com saberes que visem competências que vão além da racionalidade técnica e primem pelo despertar crítico e criativo do ser humano na práxis do trabalho.". ENFAM. Diretrizes pedagógicas da ENFAM para formação e aperfeiçoamento de magistrados, p. 7. Disponível em https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2017/12/Res_7_Enfam_2017_Diretrizes_Pedagogicas_Enfam-_Texto_-Principal.pdf Acesso em 23 fev. 2023.

[672] "Suas ações, portanto, têm como foco a educação profissional para a prática jurisdicional em contextos sociais cada vez mais complexos, *mediante o desenvolvimento de competências dos magistrados*, pelas vias da formação inicial e da educação continuada. Portanto, a concepção de competência se constitui em categoria central de sua atuação, derivando-se da concepção de conhecimento por ela adotada. Embora a formação teórica consistente e aprofundada seja objeto das trajetórias educacionais anteriores, em cursos de graduação e na preparação para os processos seletivos, os cursos não ensinam o profissional do Direito a ser magistrado. Esse é o foco da Enfam, que justifica a sua missão: o desenvolvimento das competências necessárias à prática laboral. O conceito de competência, como compreendido pela ENFAM, é a capacidade de agir – em situações previstas e não previstas – com rapidez e eficiência, articulando conhecimentos tácitos e científicos, experiências sociais e de trabalho, comportamentos e valores, desejos e motivações, desenvolvidos ao longo das trajetórias de vida em contextos cada vez mais complexos. Competência, então, vincula-se à capacidade de solucionar problemas, mobilizando, de forma transdisciplinar, conhecimentos, capacidades específicas, cognitivas complexas, comportamentais e habilidades psicofísicas, transferidos para novas situações; implica em atuar mobilizando conhecimentos. Assim compreendida, a competência integra três dimensões que se articulam de forma indissociável nas práticas profissionais, incluindo a jurisdicional: competências específicas são as relativas ao saber fazer; elas levam em consideração as necessidades dos processos e atividades de cada setor/unidade do Tribunal; competências cognitivas complexas são as relativas ao saber conhecer; integram as operações mentais que o sujeito utiliza para estabelecer relações com e entre objetos, situações, fenômenos e pessoas que deseja conhecer; competências comportamentais são as relativas ao saber ser ou saber conviver; combinam dimensões tais como o comportamento, a cultura e a identidade, e também a ideia de vontade – ou seja, do engajamento e da motivação –; desenvolvem-se nos espaços e momentos de interação e de trocas, nos quais se formam as identidades." (Idem. p. 20). Para um maior aprofundamento sobre a noção de competências: CAMPOS, Cláudia S. A. A formação de juízes: o desafio de formar novas competências. **Revista Brasileira de Administração Científica**, v.8 - n.2, p.147-162, 2017, p. 149 e ss.

[673] Nesse sentido: MENDES, Mário Tavares. A formação inicial e continua de magistrados – uma perspectiva do Centro de Estudos Judiciários de Portugal. **Revista CEJ**, Brasília, n. 24, p. 23-29, 2004, p. 26.

[674] Nesse sentido Lazzari (et. al): "Assim, para uma formação consentânea com as realidades humanas e sociais Vivenciadas em sociedades democráticas e abertas , as Escolas Judiciais devem promover programas educacionais focados não apenas na transmissão de conceitos jurídicos, mas, sobretudo, no desenvolvimento de competências, na ética e no humanismo." (LAZZARI, João Batista; JACOBSEN, Gilson. Formação judiciária no

Com esse propósito é que se estabelecem seus princípios pedagógicos:

> *Sobre os princípios pedagógicos*
> (...) A produção do conhecimento é fruto da relação entre teoria e prática, a partir da atividade humana, resultante da articulação entre sujeito e objeto, pensamento e ação, homem e sociedade.
> (...) A produção do conhecimento resulta da articulação entre parte e totalidade; conhecer fatos ou fenômenos é compreender o lugar que eles ocupam na totalidade concreta.
> (...) A relação entre parte e totalidade remete à necessidade de articulação entre os diversos campos do conhecimento disciplinar, em busca das relações e interfaces, pela interdisciplinaridade."[675]

c) a necessidade de um diálogo entre os dois modelos

Parece claro que nenhum dos modelos isoladamente considerados cuidaria de viabilizar à coletividade um juiz dotado do conhecimento teórico, habilidades e atitudes necessárias ao desempenho adequado da função jurisdicional, em geral, e da valoração da prova, em particular.

Faz-se necessário não apenas um modelo intermediário, mas, sobretudo, de uma comunicação entre os sistemas: perceba-se, por exemplo, que o Código de Ética da magistratura impõe deveres não apenas aos julgadores, mas também à cúpula do Judiciário.

Poder-se-ia, por exemplo, considerar em responsabilizar disciplinarmente um juiz que não agiu de uma determinada forma, para a qual se exige uma determinada habilidade, se este magistrado em nenhum momento teve a oportunidade de ser adequadamente treinado no âmbito da sua Escola? O conduzir uma audiência, por exemplo, exige mais que um conhecimento teórico sobre os direitos dos intervenientes; não é só com teoria que se aprende a concretizar, p. ex., a firmeza, necessária para a proteção da vítima, impedindo uma revitimização, e a tolerância inerentes à preservação da ampla defesa. O modelo disciplinar precisa, assim, de um chão pavimentado, uma divisão o mais objetiva possível entre o "certo" e o "errado".

4.3.2 Aferindo a priorização da valoração da prova judicial na formação do juiz brasileiro

---

plano constitucional das democracias modernas: princípios e diretrizes a serem observadas na preparação de magistrados. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n.1, 1º quadrimestre de 2020, p. 251.); ainda, "[...] a formação , inicial e continuada, de juízes deve ser multidisciplinar e focada na prática judicial, visando a transmitir lhes valores e capacidades profissionais que complementem sua formação jurídica" (Idem, p. 261).

[675] Diretrizes pedagógicas da ENFAM para formação e aperfeiçoamento de magistrados, p. 17 e ss. Disponível em https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2017/12/Res_7_Enfam_2017_Diretrizes_Pedagogicas_Enfam-_Texto_-Principal.pdf Acesso em 23 fev. 2023.

Como assevera Jorge Malem Seña:

> "En lo que respecta a la prueba de los hechos, muchos de las equivocaciones que se cometen en este ámbito son atribuibles al juez o magistrado.[676](…) Muchos de estos errores atribuibles al juez y otros muchos más que pudieran pensar se podrían evitarse algunos con *una adecuada preparación técnica del juzgador*, otros com *una mejora en su actitud* y, finalmente, no pocos con un sistema procesal menos proclive a dejar al juez inerme frente a las partes."[677]

Em relação ao conhecimento necessário à concretização do Sistema (cap. II), deve-se reconhecer que o mesmo ainda é disponibilizado com parcimônia e de forma descontínua; quando muito há abordagens setorizadas e mesmo aquelas obras que poderiam servir como um "curso de valoração da prova" não encerraram todo conhecimento necessário ao desempenho adequado da referida atividade; daí que não se poderia confiar apenas no dever geral de atualização, mesmo que combinado com alguma espécie de recomendação específica.

Como registrado, o CNJ não assume a determinação das diretrizes gerais para a formação de juízes e registra expressamente que se trata de competência da Escola Nacional[678].

Em busca de alguma atuação específica relacionada à valoração da prova, pesquisou-se no site do CNJ[679], valendo-se de busca textual com a expressão "valoração da prova", o que redundou na identificação do registro de duas intervenções, relacionadas à prova de reconhecimento de pessoas[680] e à adoção de uma perspectiva de gênero na "[...] valoração de

---

[676] MALEM SEÑA, Jorge F.; EZQUIAGA GANUZAS, F. Javier; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. **El error judicial.** La formación de los jueces. Madrid: F.C.J.E, 2009, p. 37.
[677] Idem, p. 41.
[678] Resolução 159/2012 – dispõe sobre as diretrizes administrativas e financeiras para a fomação de magistrados e servidores do Poder Judiciário..
[679] CNJ.
[680] Resolução n. 484, de 19 de dezembro de 2022. "Estabelece diretrizes para a realização do reconhecimento de pessoas em procedimentos e processos criminais e sua avaliação no âmbito do Poder Judiciário: Art. 3º Compete às autoridades judiciais admitir e valorar o reconhecimento de pessoas à luz das diretrizes e procedimentos descritos em lei e nesta Resolução e zelar para que a prova seja produzida de maneira a evitar a ocorrência de reconhecimentos equivocados. Parágrafo único. A observância das diretrizes e dos procedimentos estabelecidos nesta Resolução e no Código de Processo Penal será considerada pelos magistrados para avaliação da prova. (...) Art. 12. Para o cumprimento desta Resolução, os tribunais, em colaboração com a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados e as demais Escolas de Magistratura, promoverão cursos destinados à permanente qualificação e atualização funcional dos magistrados e serventuários que atuam nas Varas Criminais em relação aos parâmetros científicos, às regras técnicas, às boas práticas, aos problemas identificados pelo GT Reconhecimento de Pessoas". Do relatório elaborado pelo respectivo grupo de trabalho, consta projeto de curso de formação de juízes. CNJ. **Relatório do Grupo de Trabalho "Reconhecimento de Pessoas"**, p . 133 – 144. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/12/relatorio-final-gt-sobre-o-reconhecimento-de-pessoas-conselho-nacional-de-jusica.pdf Acesso em 23 fev. 2022.

provas e identificação de fatos"[681].

Perquirindo as normas gerais para os concursos da magistratura que o CNJ estabeleceu, constata-se a inexistência de uma preocupação específica com a aferição das competências relacionadas à valoração da prova. Ademais, quando impõe a inclusão de conteúdo relacionado à Psicologia, termina andando na contramão do Sistema, sugerindo a especial relevância da avaliação do comportamento de testemunhas como um caminho para a obtenção da "verdade judicial"[682].

Apesar de incluir no programa básico para o concurso de juiz um subitem denominado "[...] *economia comportamental. heurística e vieses cognitivos. a percepção de justiça. processo cognitivo de tomada de decisão*.", isso é feito de forma um tanto ambígua, porque inserido num item denominado "[...] *pragmatismo*, *análise econômica do direito* e *economia comportamental*", cujo primeiro subtema é "[...] *função judicial e pragmatismo*. *antifundacionalismo*. *contextualismo*. *consequencialismo*. *racionalismo* e *empirismo*. *dialética*. *utilitarismo*"; o que, além de gerar confusão, ameaça a concretização da ideia defendida no capítulo I, de que nossa ordem jurídico-constitucional, mais especificamente o *direito fundamental à prova,* impõe, de maneira inequívoca, que a busca da verdade ocupa um lugar central na estruturação da prova e do processo[683].

Por outro lado, pode-se concluir que ainda não se incorporou na formação ordinária do juiz brasileiro o desenvolvimento das competências relacionadas à adequada valoração da prova: o assunto não tem uma atenção destacada, quer módulo nacional[684], de

---

[681] CNJ. **Recomendação 128, de 15/2/2022:** Recomenda a adoção do "Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero" no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, p. 48-49. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero-cnj-24-03-2022.pdf Acesso em 23 fev. 2023.

[682] Resolução, nº 75/2009, "Dispõe sobre os concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário nacional ... B. Psicologia Judiciária (...) 4 - O processo psicológico e a obtenção da verdade judicial. O comportamento de partes e testemunhas.".

[683] O que mereceu a crítica de Rachel Herdy: HERDY, Rachel. CNJ pode dificultar a formação de juízes na tradição racionalista ad prova. **Conjur.** 2021. Disponível em https://www.conjur.com.br/2021-out-22/limite-penal-cnj-dificultar-formacao-juizes-tradicao-racionalista-prova Acesso em 20 fev. 2023.

[684] Entre os temas que integram o conteúdo programático do módulo nacional da formação inicial do juiz brasileiro – I - ética e deontologia da magistratura"; II - "Hermenêutica e argumentação jurídica"; III - "Técnica dos atos judiciais (audiências e decisões)"; IV - "Impacto social, econômico e ambiental das decisões judiciais e a proteção do vulnerável"; "Direitos humanos" –, consta do tema III: "... o juiz e a fase decisória do processo. Atos decisórios e técnica da decisão judicial. Estudo de caso, análise dos atos e ato decisório. Análise, síntese e relatório. Fundamentação, estrutura e redação da decisão judicial. Decisão dispositivo e coisa julgada. Elaboração de ementa e formação de precedente.". ENFAM. **Resolução Enfam nº 2/2016**, Anexo II, p. 20. Disponível em https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/102269/Res_2_2016_enfam_Atualizado2.pdf Acesso em 25 fev. 2023.

responsabilidade da própria ENFAM, quer no módulo local[685], de responsabilidade das escolas ligadas aos tribunais[686].

Acresça-se a isso, que a duração da formação do juiz brasileiro é demasiado curta se comparada à de outros países: enquanto aqui a duração é de 4 meses[687], na França, p. ex., a formação leva 31 meses[688].

---

[685] O módulo local, encontra-se dividido em 13 temas: "I. Administração da atividade judiciária (gestão processual, gestão de pessoas, de materiais e de resultados); II. Tecnologia da informação e das comunicações; III. Técnica dos atos judiciais. Elaboração de decisões e sentenças e realização de audiências; IV. Ética e deontologia da magistratura; V. Filosofia do direito e sociologia jurídica; VI. Hermenêutica e argumentação jurídica; VII. Liderança, relações interpessoais e interinstitucionais e gerenciamento de riscos e crises; VIII. Relacionamento com os meios de comunicação de massa e uso de redes sociais; IX. Métodos consensuais de resolução de conflitos, processos autocompositivos e psicologia judiciária; X. Impacto social, econômico e ambiental das decisões judiciais e a proteção do vulnerável; XI. Direitos humanos; XII. Demandas repetitivas e grandes litigantes; XIII. Direitos fundamentais e seguridade social; XIV. O juiz e os serviços extrajudiciais. Dispersos no extenso tema III, há algumas referências expressas ou implícitas à valoração da prova: "Função jurisdicional do Estado e o papel do juiz na concretização dos direitos e na realização da justiça. Relação processual como espaço de pluralidade e de concretização de direitos num estado de direito democrático. A função do devido processo legal num estado democrático e republicano. A formação do convencimento do juiz e a construção do ato decisório, a partir de processo plural que resulta de múltiplas ações e interesses dos sujeitos que participam ou integram a relação processual. Conflitos e interesses que estão presentes e podem interferir na demanda judicial (questões culturais, econômicas, ideológicas, de gênero e outras). A *cognição do juiz e a formação de seu convencimento*. Análise do litigio identificação do caso e construção da decisão. Espaços de interlocução dentro do processo. Os contatos do juiz com os agentes do Ministério Público, os advogados, as partes e os outros participantes do processo. O juiz e a fase postulatória do processo. Identificação dos interesses e pretensões dos participantes do processo. *O juiz e a fase probatória do processo. Produção e valoração das provas. O juiz e a prova*. Técnica da audiência. Tribunal do Júri: peculiaridades. O juiz e a fase decisória do processo. Atos decisórios e técnica da decisão judicial. Estudo do caso, análise dos autos e ato decisório. Análise, síntese e relatório. Fundamentação, estrutura e redação da decisão judicial. Decisão, dispositivo e coisa julgada. Elaboração de ementa e formação do precedente. A linguagem, o texto e o juiz. O juiz como escritor e produtor de textos. A linguagem na perspectiva da comunicação e da persuasão. A linguagem na perspectiva judiciária (destinatários dos textos do juiz consequências dos textos do juiz; escolhas feitas pelo juiz nos textos). A linguagem na perspectiva técnica (leitura e interpretação; redação e revisão). Juiz e textos não-judiciários (como a literatura pode contribuir para o juiz). Oficina sobre a produção textual dos juizes (análise e discussão de textos elaborados pelos juízes). A Decisão e sua escrita. A construção do texto pelo juiz. Delegação e gestão textuais (o juiz e seus auxiliares). A elaboração da sentença cível na prática. Generalidades e singularidades da sentença cível. Sentenças complexas e processos volumosos. Sentenças cumpridas pela força. Decisões elaboradas com urgência. Sentenças proferidas em audiência. Peculiaridades do julgamento colegiado. A elaboração da sentença criminal peculiaridades, aplicação da pena, efeitos secundários da condenação. A sentença vista pelos advogados. Processo decisório e discricionariedade do juiz. Fundamentação da decisão (motivos e preocupações do juiz; desvios, preconceitos e crenças). Realização e condução de audiências. Elaboração de sentenças e julgamentos de processos." (Idem. p. 21-23)

[686] No trabalho de Márcia Barros e Vladimir Vitovsky, que abordam a formação inicial na prática, pode-se perceber que, embora esta se vocacione ao desenvolvimento de 13 competências, praticamente metade delas relacionada ao processo decisório, não se cuidou daquelas realacionadas à valoração da prova, a exceção da atenção conferida ao estudo dos viéses, que poderia ser objeto de um módulo autônomo, mas que projetaria melhores resultados se (também) se associasse a experiências relacionadas ao erro judiciário. BARROS, Márcia M. N.; VITOVSKY, Vladimir Santos. **Curso de Formação Inicial e de Aperfeiçoamento para fins de Vitaliciamento de Magistrados:** relato de uma experiência e de um porvir. Brasília: ENFAM, 2016.

[687] Artigo 19 da Resolução Enfam nº 2/2016. ENFAM. **Resolução Enfam nº 2/2016**, Anexo II, p. 20.Disponível em https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/102269/Res_2_2016_enfam_Atualizado2.pdfAcesso em 25 fev. 2023.

[688] AZEVEDO, Gelson de. A formação dos juízes. Revista. TST Brasília, vol. 69, n l. 2003, p. 17. Em relação à Espanha, p. ex., "el actual artículo 307 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tras la reforma de 2003 permite que el período de formación inicial pueda ser, tan solo, de 12 meses, el más bajo de todos los países de Europa Occidental.". AZÓN, Félix V.; MARTÍNEZ, Carlos Gómez. **Nuevo modelo de acceso a la carrera judicial, de**

Vale registrar, ainda, um tratamento descontínuo do problema pelo sistema de formação em geral, havendo o registro de apenas das iniciativas isoladas da Escola do Tribunal Regional Federal da 3ª Região[689], da Escola do Tribunal Regional da 4ª Região[690], da Escola do Tribunal de Justiça do Amapá, este relacionado especificamente às provas dependentes da memória[691].

Todavia, referida deficiência na formação do juiz brasileiro[692] parece já ter sido percebida pela própria ENFAM, na medida que, em seu curso de mestrado profissional, instituído há pouco, foi oferecida uma disciplina com o título "análise da prova e erro judiciário", vocacionada justamente à difusão do conhecimento, reflexões críticas sobre os problemas da valoração, incluindo como um de seus objetivos habilitar o aluno ao desenvolvimento de uma formação em valoração da prova.

4.3.3 A adequada valoração da prova e suas exigências formativas

Sobrelevam-se, agora, as seguintes questões:

a) quais competências devem ser desenvolvidas para que se possa promover uma adequada valoração da prova judicial?

b) como deveriam ser as ações formativas para alcançar esse objetivo?

De logo se vê, com nitidez, que o próprio sistema normativo se consubstancia em um conhecimento teórico que precisa ser ensinado ao julgador: os conceitos e categorias jurídicas inerentes ao Sistema são fundamentais para que o juiz possa abordar um determinado caso e responder adequadamente se, ali, existe prova suficiente que apoie a hipótese em disputa. A

---

formación inicial y continuada. Madrid: Fundación Antonio Carretero, 2008, p. 45.

[689] Disponível em: https://www.trf3.jus.br/emag/cursos-2022/provas-aspectos-teoricos-e-praticos Acesso em 20 fev. 2023.

[690] Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=2159 Acesso em 14 fev. 2023.

[691] Disponível em: https://www.tjam.jus.br/index.php/esmam-noticias/4849-escola-judicial-do-amapa-ejap-promove-curso-reconhecimento-pessoal-e-testemunho-atualizacoes-sobre-provas-dependentes-da-memoria Acesso em 23 fev. 2023.

[692] Essa deficiência fica bem visível quando se observa o plano de formação inicial do juiz espanhol, que além de dedicar, na docência ordinária, um módulo específico para a valoração da prova (de um total de 10); prevê oficinas específicas sobre valoração da prova pericial, além de abordagem da valoração no âmbito de temas específicos, como o de "delitos leves" e, por fim, inclui como tema destacado das chamadas "atividades transversales" o "erro judiciário.". Consejo General del Poder Judicial de España - Plan docente de formación judicial: 2022-2023. p. 41 e ss. Disponível em https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Escuela-Judicial/Formacion-Inicial/La-fase-presencial/Plan-docente-de-formacion-inicial-72--Promocion-Carrera-Judicial--curso-2022-2023 Acesso em 23 fev. 2023.

apreensão das ideias de prova, enquanto fonte, meio e resultado, de inferência (ou argumento probatório), de sua relevância e força; da maneira de aferição e expressão desta (probabilidade lógica), de solidez e relevância da generalização enquanto garantia etc. devem ser bem apreendidas pelo julgador para que possa ter uma valoração da prova adequada.

Ademais, parece claro que é impossível que o método em que se conforma o sistema teórico possa ser percorrido de maneira *puramente* racional; de sorte que se deve pensar em otimizar o subjetivismo do julgador, buscando desenvolver também (*i*) as atitudes ou posturas intelectuais, entendida como o conjunto de virtudes epistêmicas (I.4.3), que conformarão a maneira de se portar cognitivamente, a compreensão do seu papel como julgador, de sua função no processo e, as (*ii*) habilidades relacionadas ao raciocínio indutivo (ou abdutivo), que funcionam como um antídoto ao enviesamento do pensamento, aumentando as chances de uma cognição completa e na velocidade correta.

O subjetivismo, em certa medida, é bem-vindo na valoração, notadamente porque, na aferição da força de uma proposição **H/E**, as chances de correção do resultado dependerão em boa medida da capacidade criativa do analista, que lhe permitirá compreender **¬H**, que deve ainda que de maneira só imaginada ser exaurida, além de estabelecer a ligação do caso concreto com a "normalidade do mundo" que envolve eventos como **H**.

Assim, pode-se dizer que esse conhecimento atualizado deve ser incorporado ao próprio "hábito" do julgador, de sorte a se fazer presente também nas suas práticas intuitivas, o que implica a necessidade, primeiro, de uma tomada de consciência em relação às suas limitações cognitivas e ao elevado poder de interferência do pensamento intuitivo, carregado de preconceitos.

Essa mudança para uma atitude de maior prudência termina viabilizando o desenvolvimento das habilidades que maximizarão as chances de um pensamento conforme o esquema exigido pelo Sistema, reforçando a capacidade de resistir à natural tendência de completar as histórias, de apegar-se a conclusões precipitadas, alcançadas intuitivamente.

Deve-se, pois, superar o mito de que a valoração da prova pode equivaler ao raciocínio pragmático, que seria inato: simplesmente as pessoas nasceriam com as habilidades necessárias ao raciocínio sobre fatos. A ciência já demonstrou que é falsa essa ideia de que o "senso comum", enquanto forma de pensar, teria uma boa acurácia; ou seja, é falso que as pessoas em geral poderiam dar respostas na maioria das vezes corretas sobre a relação entre provas e hipóteses, mesmo sem saber (dizer) como chegaram às mesmas.

Ademais, ao contrário de uma concepção ultrapassada, tanto atitudes (saber-ser), como habilidades (saber-fazer), podem ser ensinadas, de modo a permitir que o sujeito médio

maximize o seu desempenho nas mais diversas áreas, inclusive naquelas ligadas ao raciocínio indutivo.

Jepston (et. al.) sustenta que raciocinar indutivamente de maneira eficaz é uma habilidade que depende de inovações culturais, tais como a teoria da probabilidade, e que pode ser aperfeiçoada através da educação e da prática frequente[693].

Fong (et. al.) realizou uma série de experimentos empíricos e demonstrou que apenas uma sessão treinamento com 25 minutos serve para melhorar significativamente a aplicação de inferências estatísticas.[694]

A Psicologia já demonstrou, inclusive, que comportamentos e ações concebidas racionalmente podem ser treinadas e incorporadas ao mecanismo de resposta automática do indivíduo[695]: a ideia de *expertise* está ligada justamente à capacidade de respostas mais rápidase mais precisas[696].Da mesma forma, é perfeitamente possível ensinar valores[697] e virtudes[698].

---

[693]JEPSON, C.; KRANTZ, D. H., NISBET. R. E. Inductive reasoning: competence or skill? In: NISBETT, R. E. (org.). **Rules for reasoning**, p. 70-89. Hillsdale: L. Erlbaum Associates, 1993, p. 71.

[694]FONG, Geoffrey; KRANTZ, David; NISBETT, Richard. The effects of statistical training on thinking about everyday problems. **Cognitive Psychology**, v. 18, n. 3. Volume 18, Issue 3, pp. 253-292. 1986, p. 282.

[695] Sobre a possibilidade de se incorporar uma "regra" ao pensamento intuitivo, "thereafter, the judge constructs an argument to support their decision. It is possible -- albeit not probable -- that a judge with a significant amount of legal experience may be able to anticipate the outcome of a case based upon personal knowledge of the law without consciously applying a particular rule. CAPURSO, Timothy J. How Judges Judge: Theories on Judicial Decision Making. **University of Baltimore Law Forum**, vol. 29, no. 1, p. 5-16, 1999, p. 15.

[696] A psicologia cognitiva há muito estuda como a expertise – entendida uma elevada performance em relação a uma determinada habilidade – é adquirida e/ou maximizada através de uma abordagem que se baseia em diversos princípios que dão ensejo ao que se convencionou chamar de "prática deliberada" (*deliberate practice*). Por todos: ERICSSON. K Anders. **Approaches to the empirical study of expertise:** Some general issues and considerations. In 12th Annual Conference. C.S.S. Pod. Psychology Press. 1990.

[697] "La formación en valores: si la independencia, la imparcialidad, la vinculación a la ley, la motivación de las resoluciones y la integridad personal son valores esenciales para el ejercicio de la jurisdicción, ¿Puede enseñarse un valor? ¿Puede aprenderse una virtud judicial? Cuando nuestros colegas franceses explican lo que entienden por formación para la judicatura distinguen tres niveles: conocer, hacer y ser (connaître, faire et être). En el mismo sentido, en nuestro país, el profesor Pérez Lledó alude a tres finalidades en lo que debe ser la formación de buenos profesionales del derecho, cada una de ellas correspondiente a un nivel educativo distinto: «finalidad cognoscitiva (enseñanza de conocimientos), práctica (capacitación argumentativa) y crítica (educación en fines y valores)»15.

Pues bien, la formación en los valores constitucionales cae de lleno en el tercero de estos niveles, es decir, sería parte de la manera de ser de juez, incluida en la educación en fines y valores. Se trata del nivel formativo que presenta mayores retos por la dificultad de establecer unos contenidos y por la necesidad de evitar cualquier sospecha de manipulación ideológica.".(AZÓN, Félix V.; MARTÍNEZ, Carlos Gómez. **Nuevo modelo de acceso a la carrera judicial, de formación inicial y continuada.** Madrid: Fundación Antonio Carretero, 2008, p. 40).

Pode-se mencionar para reforçar a possibilidade de aprendizado de um valor, a pesquisa de Brandon Garret (et. al.) com diversos juízes americanos e que conseguiu aferir que o treinamento influi na percepção do juiz sobre sua *responsabilidade* em evitar erros decorrentes da incorporação da chamada *junk science* no processo. GARRETT, Brandon, GARDNER, Brett, MURPHY, Evan, GRIMES, Patrick. **Judges and Forensic Science Education:** A National Survey. Forensic Science International. 321. 2021, p. 7.

[698] "Vinculada con la anterior cuestión está la de si se puede enseñar —y hasta qué punto— a ser virtuoso. Un asunto, desde luego, peliagudo, pero sobre el que quizás quepa decir algo con sentido. En primer lugar, parece claro que, de ser posible tal enseñanza, no podría tener carácter teórico; las virtudes son hábitos que sólo pueden

Em relação à prova judicial, p. ex., vale mencionar a iniciativa de Posner, que desenvolveu um curso sobre prova judicial baseado exclusivamente em atividades práticas, ou seja, em aprender fazendo[699], o que remete à necessidade de uma formação judicial baseada numa ideia de treinamento ou "adestramento".

Em suma, a formação do juiz brasileiro deveria:

a) propiciar o acesso ao conhecimento teórico em que se consubstancia o sistema, que envolve não só a disciplina exposta no capítulo II, mas também o conhecimento produzido por outras áreas, o que poderia se dar através de preparação ou indicação de material bibliográfico, de aulas teóricas e/ou práticas, como estudo de casos;

b) buscar aperfeiçoar o "subjetivismo" do julgador, tornando-o um aliado do Sistema, o que se daria mediante o desenvolvimento das virtudes do sujeito epistêmico e das habilidades ligadas ao raciocínio indutivo.

É certo que planejar uma formação com esse objetivo não configura uma tarefa fácil e, obviamente, é algo que não cabe ser feito aqui, sobretudo, porque requer conhecimento profundo em áreas específicas da Pedagogia e Psicologia.Entretanto, pode-se apresentar alguns caminhos já consolidados na formação de juízes[700].

Antes de tudo, o recurso às metodologias ativas sobreleva-se indispensável, à medida que seria inconcebível desprezar a experiência e a maneira de ver de cada juiz formando.

Outrossim, parece uma boa estratégia a submissão do formando à determinados testes que possam demonstrar: (*i*) que a crença não é propriamente fruto de uma decisão consciente, mas está mais relacionada a uma sensação/sentimento; (*ii*) que o indivíduo, em uma maior ou menor medida, está sujeito a vieses e ilusões cognitivas.[701]

---

adquirirse mediante la práctica, mediante la experiencia.".ATIENZA, Manuel. **Cuestiones Judiciales**. México: Fontamara, 2002, p. 143.

[699] "But I soon discovered that knowing the rules of evidence and applying them are two very different things, and that in fact you can learn them only by applying them, and not by studying them (just as you can learn to ride a bicycle only by doing it, and not by studying the pertinent rules of physics), because their meaning and significance emerge only in the context of a trial". POSNER, Richard A., Clinical and Theoretical Approaches to the Teaching of Evidence and Trial Advocacy, **Quinnipiac Law Review**, v. 21. n. 4. pp. 731-739. 2003, p. 731-732.

[700] Gelson de Azevedo, referindo-se à experiência da escola francesa de formação de juízes, registra que "a Escola utiliza as seguintes fórmulas pedagógicas: sessão (exposição seguida de debates e, eventualmente, de trabalhos práticos; de 2 a 5 dias); atelier (grupo restrito de magistrados que estuda um tema específico escolhido pela Escola e apresenta trabalho; de 1 a 2 dias); colóquio (encontro aberto ao grande público, geralmente com o objetivo de dar a conhecer as reflexões em curso no sistema judiciário; de 1 a 2 dias); seminário (geralmente com o objetivo de trocar experiências com juízes de outros países); estágio coletivo ou individual no exterior.". AZEVEDO, Gelson de. A formação dos juízes. **Revista. TST Brasília**, vol. 69, n l, 2003, p. 17-18.

[701] Ramon Arce (et. al.): "The first of these partial remedies, which comes from the field of reasoning, indicates that informal reasoning, impregnated with heuristics, implies a meta cognitive deficit, suggesting, in the case under study here, that judges are not conscious of such biases (Perkins, 1989). In this regard, training of judges and magistrates in sources of bias, so that they become more aware of how biased their decisions can be, would

Outra estratégia pedagógica que parece indispensável, é o estudo de casos, sobretudo de erros judiciários, devidamente selecionados e apresentados[702], com o protagonismo do formando na busca de uma solução e, posteriormente, na indicação de as eventuais causas/fontes de erro, seguido de um debate conduzido para levar a uma reflexão sobre causas ou fontes mais remotas, como p. ex.:

(*i*) a maneira que o julgador aborda o caso — com a vontade de resolver o "mistério" subjacente, ou seja, com uma espécie de excesso de curiosidade ou ambição da verdade;

(*ii*) a incapacidade de o julgador entender o mundo onde o acusado vive e/ou onde os fatos se desenvolveram;

(*iii*) a possível idealização inconsciente do "mundo" —no qual haveria mocinhos e bandidos e onde se poderia saber quem é quem[703].

Por outro lado, o contato do formando com casos de erros reais ocorridos em sua região — através de matérias jornalísticas, dos próprios autos e, se possível, do contato com a própria vítima de erro, em uma espécie de entrevista —poderia alertá-lo da elevada factibilidade do erro e de propiciar uma abordagem dos casos mais humanizada. [704]

---

result in more objective decisions.". ARCE, Ramon; FARIÑA, Francisca; NOVO, Mercedes. Anchoring in judicial decision-making. **Psychology in Spain**, n. 7, p. 56-65. 2003, p. 63.

[702] P. ex., para conter o viés de retrospectiva (*hindsight bias*) e levar o formando à (falsa) ideia de que o erro é algo absurdo. Sobre esse viés: KAHNEMAN, Daniel. **Thinking, fast and slow.** New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011. p. 173.

[703] A propósito, a ideia de Anamaria Prates, no sentido de "racializar" o processo penal, poderia ser aproveitada na formação de juízes, como uma forma de confrontá-los com a seletividade racial da persecução penal e com o fato de que a (tentativa de) desconsideração da cor da pele no momento decisório não passaria de um "lavar as mãos". Para a autora, "o uso da categoria de raça como transversal ao processo penal não é racismo, é o enfrentamento dele. Há uma necessidade de falar desse uso sistêmico da categoria raça tanto na investigação policial, como na fase processual para combate ao racismo do sistema penal. (...)Racializar é uma forma de trazer a raça para o debate para que o racismo possa ser superado. No processo penal, racialização vem no sentido de dar uma perspectiva racial para determinação dos fatos como forma de combate às consequências do racismo. Paradoxalmente, a racialização é necessária como uma estratégica não racista. Se a seletividade penal, a punição, o sistema penal se estruturam através do racismo, é necessário racializar o debate. Deve ser racializada a forma como os operadores do direito olham para as relações sociais e jurídicas no Brasil para que a raça seja considerada quando da tomada de decisão. (...) não considerar a raça aprofunda a discriminação e não a enfrenta. Há um "desejo de que a raça 'não conte' ou a denegação do quanto as raças contam nas relações entre os brasileiros" o que camufla a situação de que a raça é um fator preponderante no sistema de justiça criminal como critério para estigmatização do negro. A categoria raça possui um papel estratégico no sistema de justiça penal garantindo a produção do racismo. Enquanto a raça for secundarizada, ela continuará sendo utilizada como uma maneira informal de nortear o sistema penal, ou seja, invisibilizada como sendo forma de seleção penal. A polêmica de se considerar a raça como forma de combate ao racismo é inteligível e justificável. O racismo tem diversas faces e sempre se adequada às formas de combate para preservar sua continuidade. Como a raça é usada para inferiorizar, qualquer uso dela em outro sentido pode ser perniciosamente alterado para o racismo". (BARROSO, Anamaria Prates. **A racialização do processo penal como forma de enfrentamento do racismo nas práticas processuais penais: por um processo penal não racista**. Tese de doutorado em Direito Constitucional defendida perante o IDP. Brasília, 2022, p. 88 - 90).

[704] Isso se encaixa em uma das diretrizes da formação de juízes, que impõe que a formação ética esteja presente em todas as atividades e não apenas naquelas dirigidas especificamente às reflexões respectivas. "Pero la formación sobre fines y valores no se concentra solo en las actividades especialmente dirigidas a la reflexión sino que impregna otras muchas. Así, las simulaciones, los talleres sobre dirección de actos orales, y el mismo

Outrossim, valeria à pena recorrer à arte, notadamente à literatura e à dramaturgia[705], para desenvolver as virtudes éticas e epistêmicas, como a prudência, empatia, a responsabilidade etc.

Em síntese, o que se quer defender aqui é que, longe de uma valoração baseada na ideia de senso comum, os gestores do Poder Judiciário devem propiciar um julgador com *expertise*em valoração da prova, que: compreenda bem o papel do juiz numa ordem democrática (e aja de acordo com essa compreensão); domine o conhecimento acerca do funcionamento da cognição humana, identificando os principais vieses cognitivos, avaliando contextos situacionais e fatores que estimulam a ocorrência de vieses; saiba organizar as informações e dados relevantes para a determinação dos fatos no processo judicial; saiba como analisar e significar esse material e elaborar motivação capaz de conferir a máxima credibilidade racional a cada passo do raciocínio probatório.

4.4 Buscando uma Evolução através do «Aprendizado com Erros»

> *Uma justiça que reconhece os próprios erros e se corrige, que não os procura manter e defender com fórmulas vãs, é uma justiça edificante, que só confiança poderá inspirar.*[706]

---

estudio de casos, dirigidos, en principio y principalmente, a enseñar la manera de hacer del juez, a la capacitación en la argumentación, en terminología de Pérez LLedó, incorporan necesariamente elementos de la formación en fines y valores: ¿Cómo ha de reaccionar el juez o la jueza ante una situación imprevista surgida en la Sala de Vistas? ¿Cómo resolver un caso de modo congruente y, a la vez, justo? ¿Debe el juez o jueza mostrarse afectuoso ante la víctima? ¿Qué actitud tomar ante un detenido poco respetuoso con el juez? Tampoco la formación en valores constitucionales está ausente en la fase de estudio de la oposición en la que predomina la adquisición de conocimientos.". AZÓN, Félix V.; MARTÍNEZ, Carlos Gómez. **Nuevo modelo de acceso a la carrera judicial, de formación inicial y continuada.** Madrid: Fundación Antonio Carretero, 2008, p. 42-43.

[705] Vale o incentivo de Atienza: "creo que en la enseñanza de las virtudes judiciales, el cine y, sobre todo, la literatura podrían jugar un papel de cierta importancia. Las relaciones entre el Derecho y la literatura (incluyendo tanto las obras literarias como la crítica literaria y la teoría de la literatura) son muy variadas y han dado lugar, en los últimos tiempos, a toda una corriente de teoría del Derecho (cfr. Posner 1988 y 1990). Puede ser de interés, por ejemplo, mostrar las analogías existentes entre la interpretación de una obra literaria y la de un texto jurídico (aunque tampoco conviene, como antes señalaba, llevar la analogía más allá de ciertos límites). O entre los esquemas narrativos presentes en la literatura y en los antecedentes de hecho de las sentencias. O bien — éste es el punto que aquí interesa — mostrar de qué manera la literatura puede ser de utilidad en la justificación de las decisiones judiciales, esto es, en qué forma puede contribuir a la formación del carácter que se necesitaría tener para ser un buen juez. (ATIENZA, Manuel. **Cuestiones Judiciales.** México: Fontamara, 2002, p. 144-145). Félix Azón vai no mesmo sentido: "El curso de ética judicial, los talleres como el que se llamó «De la Justicia y de los Jueces» o actividades como la de «Cine Club», pretendieron fomentar la reflexión sobre el sentido de la justicia y dar a los futuros jueces un bagaje que les permitiese, en defi nitiva, justificarse ante sí mismos, explicarse las razones de su función.". AZÓN, Félix V.; MARTÍNEZ, Carlos Gómez. **Nuevo modelo de acceso a la carrera judicial, de formación inicial y continuada.**Madrid: Fundación Antonio Carretero, 2008, p. 42.

[706] ROMEIRO, Jorge Alberto. **Elementos de direito penal e processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 73.

Conforme defendido acima (III.2), um controle sobre o «erro na valoração da prova», para apresentar alguma efetividade, precisa realmente ser restrito; daí que, mesmo que se consiga detectar e corrigir aqueles mais graves (ao quais se associaria um maior risco de erro substancial), não se pode considerar que o remanescente (o que não pôde ser detectado e corrigido) forma cifra desprezível, notadamente porque, como se viu, esse próprio sistema de controle tende a se concretizar de uma forma ainda mais estreita que o seu desenho teórico.

É certo que a via revisional prevista nos artigos 621, III, do Código de Processo Penal, e 966, VI e VII, do Código de Processo Civil, também propicia a correção de parte dos «erros de valoração da prova» não submetidos ao controle específico. Todavia, como essa via depende da disponibilidade de novos elementos de prova e/ou de novas tecnologias para sua significação, algo aleatório e raro, não há como projetar um impacto significativo no conjunto dos «erros de valoração da prova» não detectados.

Assim, contentar-se com o modelo de controle disponível e seguir, escondendo-se atrás de uma suposta insignificância do número de «erros na valoração da prova» detectados equivale a tapar o sol com a peneira, esquivando-se da aferição da qualidade do Sistema, tanto em sua idealização, como na sua concretização na praxe judicial.

Não se pode olvidar que os erros judiciários detectados por ambas as vias fornecem um bom indicativo do risco de ocorrência dos chamados erros inevitáveis, ou seja, daquele que é inerente ao próprio desenho teórico assumido pelo Sistema.Reforçando isso, pode-se mencionar o estudo que Brandon Garrett fez dos (até então) 250 casos de condenações errôneas reconhecidas a partir da atuação do *Innocence Project*americano[707], que autoriza concluir que em sua quase totalidade decorreram de graves erros na valoração da prova.

Os casos americanos devem ser tomados como um alerta para os responsáveis pela qualidade do sistema de valoração brasileiro[708], isso porque já se demonstrou que o jurado americano decide com uma acuráciasemelhante à do juiz profissional[709], não havendo também

---

[707] GARRETT. Brandon.**Convicting the Innocent:** Where Criminal Prosecutions Go Wrong. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

[708] Nesse sentido: "[...] no contexto brasileiro, ainda que seja necessário realizar o diagnóstico global, os indicadores apresentados no ambiente americano podem servir de base ao entendimento sobre os disparates das propostas de enfrentamento dos erros judiciais, além de proporcionar elementos hábeis dos problemas decorrentes do mecanismo processual ... O esforço é o de compreensão dos pontos fracos e de enfrentar a temática no âmbito nacional.". CANI, Luiz Eduardo; ROSA, Alexandre Morais da. **Guia para mitigação dos erros judiciários no proceso penal.** Florianópolis: Emais Editora, 2022, p. 146.

[709] "Research that has been done to date demonstrates some differences, but shows striking similarities in the decisionmaking of judges and jurors. While there appear to be some differences in outcomes under some circumstances, judges and jurors generally appear to be influenced by similar factors and suffer from many of the same difficulties in making their decisions." ROBBENNOLOT, Jennifer K. Evaluating Juries by Comparison to Judges: A Benchmark for Judging?.**Florida State University Law Review**, v. 32, p. 469-509, 2005, p. 509.

por que pensar que o juiz brasileiro julga melhor que o juiz americano.

Aliás, a casuística brasileira, embora pequena, revela graves defeitos de valoração da prova como a causa das condenações errôneas detectadas e corrigidas, como, p. ex., o atraso no conhecimento de mundo relacionado à significação da prova do reconhecimento de pessoas (o Caso Israel[710] e os Casos Antônio, Robert, Igor, Sílvio[711]). Acresça-se que nada autoriza admitir que o juiz brasileiro apenas não saberia valorar a prova de reconhecimento de pessoas, mas saberia valorar as demais provas, que trazem associadas diversas fontes de erro já mapeadas.

Isso já projeta uma baixíssima proporção de erros inevitáveis, o que autoriza uma preocupação maior com o complexo causal que leva a um déficit na concretização do Sistema na praxe judicial.

Por outro lado, uma séria abordagem dos casos de erro poderia levar a um dimensionamento seguro da até agora subestimada cifra oculta: ou seja, dos casos de erro não detectados pelos sistemas de controle. Basta pensar, por exemplo, no estudo feito por Samuel Gross, que fornece indicativos seguros para admitir que, nos Estados Unidos, cifra oculta supera os 90% do total de erros[712].

Daí, considerando-se que na realidade americana os caminhos para o reconhecimento de erros judiciários apresentam-se mais largos (como se verá mais detidamente adiante), não

---

[710] Disponível em: http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2015/09/pela-1-vez-justica-refaz-julgamento-de-preso-com-base-em-banco-de-dna.html Acesso em 24 jan. 2023.

[711] Os demais casos decorreram de atuação do Innocence Project Brasil. Disponível em: https://www.innocencebrasil.org/nossos-casos Acesso em 23 fev. 2023.

[712] Um dado revelador é que, nos casos de condenados a pena de morte, há proporcionalmente 9 vezes mais reversões de condenações injustas (*post conviction exonarations*) que em relação às demais condenações: "At the center are rape and murder. The exonerations we have identified are primarily murder and rape cases. But there are rape and murder exonerations we don't know about – perhaps a majority – and there are many other innocent rape and murder defendants who have not been exonerated. Death sentences, for example, produce exonerations at nine times the rate for all homicide convictions. Could it be that death sentenced prisoners are nine times more likely to be innocent than all convicted homicide defendants? If the error rate for death sentences and other homicide cases are similar, that must mean that 90% or more of false convictions in ordinary homicide cases are never detected – or if they are, that we don't know about them. The next circle out from rape and murder convictions includes other very serious crimes of violence. We have found a substantial number of exonerations in such cases, mostly for robbery, but they only highlight the larger number of false convictions that we have missed. For example, as we mentioned, there is every reason to believe that several times more defendants are falsely convicted of robbery than of rape, but without an equivalent to DNA evidence for robbery cases, only a tiny fraction are exonerated." Out beyond murder, rape and robbery, our ignorance deepens further. Felonious assault cases, for example, account for nearly half of all violent felony convictions in the United States, but just over 1% of known exonerations (11/873). Is this because wrongful convictions are much less common for assault than for more serious crimes? Or is it because, in the absence of DNA evidence, innocence is extremely difficult to prove? Or because sentences for assault are comparatively short, so there is less time to secure the defendants' release and less incentive to try? Or because the assault exonerations that occur are not widely reported? Or is it a combination of these reasons and perhaps others? We don't know.". GROSS, Samuel R; SHAFFER, M. **Exonerations in the United States, 1989-2012:** Report by the National Registry of Exonerations. The National Registry of Exonerations, 2012, p. 15-16.

há por que pensar que a cifra oculta brasileira seja menor que isso, senão o contrário[713].

Aliás, deve-se sempre ter em mente que a ausência de muitos casos de erros conhecidos não é indicativo algum de que as coisas andam bem[714], já que não se pode poder de vista associação direta entre os chamados "erros latentes" e as "baixas defesas"[715].

Assim, se se pensa em um Sistema que se preocupe com a redução ou prevenção do erro judiciário, não se pode renunciar a uma espécie de apologia ao erro[716], não com a finalidade última de chegar a uma aferição precisa do risco inerente ao Sistema[717], mas,

---

[713] Não se desconhece que nos países de Common Law, a abertura do Judiciário à revisão de casos se restringe mais à pretensão de se estabelecer a inocência após a condenação, sendo mais recentes aqueles voltados a demonstrar que a culpa não foi estabelecida de maneira confiável. Confira-se: "[…] early studies ere concerned primarily with cases where innocence had been positively established following conviction; some more recents analyses have not required positive proof of innocence but have treated miscarriages of justice as also encompassing cases ehre guilt cannot be taken to be reliably established.". (LEVERICK, F.; CHALMERS, J. Causes of wrongful conviction. In: CHALMERS, J., LEVERICK, F.; Shaw, A. (eds.).**Post-Corroboration Safeguards Review Report of the Academic Expert Group.**The Scottish Government, Edinburgh, pp. 30-43, 2014, p. 30). No Brasil, embora no plano normativo o plano pareça contemplar mais vias, termina-se por se concretizar uma abertura tão ou mais estreita que a viabilizada pelo do Judiciário americano, conforme já abordado no item III.

[714] A propósito, "[…] the absence of known accidents is not proof of safety. The absence of exonerations is not proof that the system has not generated wrongful convictions and will not generate more". (DOYLE, James. Innocence and Prevention: Could we Build Justice Safety Centers?. **The Wrongful Conviction Law Review**, p. 253-269. 2020, p. 257). Todavia, ainda há que associe o baixo número de erros reconhecidos com a qualidade do sistema de justiça, *v. g.* "[...] os contínuos pedidos de revisão contra a maioria *das decisões dariam a impressão de que os erros judiciários são coisa habitual, quando ao contrário, como observam Borsani e Casorati, devem ser considerados evento extraordinário e excepcional.*". FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. Revisão criminal de seu âmbito no direito pátrio – inteligência da locução "sentença condenatória contrária à evidência dos autos". **Doutrinas Essenciais Processo Penal**, vol. 5, p. 965 – 977, São Paulo, 2012, p. 974.

[715]Vanderheiden et. al. diferencia os "erros ativos" dos "erros latentes", associando este último à ausência de defesas (medidas preventivas), registrando, ainda, suas consequências danosas. *In verbis*: "[…] an important difference between active and latent errors. Latent errors are associated with weak or omitted organisational defences and are related to management decisions, security procedures, organisational structure and cultural factors: [The] harmful consequences [of latent events] can rest for a long time (...).". (VANDERHEIDEN, Elisabeth; MAYER, Claude-Hélène. There Is a Crack in Everything. That's How the Light Gets in: An Introduction to Mistakes, Errors and Failure as Resources. In: VANDERHEIDEN, E.;MAYER, CH. (eds.).**Mistakes, Errors and Failures across Cultures**. Springer, 2020, p. 8 - 9). Vale registrar, então, que aqui no Brasil, à exceção da instalação, no âmbito do CNJ, de um grupo de trabalho para cuidar especificamente da prova de reconhecimento de pessoas, não se colocou em prática nenhuma outra "medida defensiva" direcionada à prevenção do erro judiciário.

[716] Não se defende, por óbvio que esse caminho exclua outros, como a tentativa de aferição do risco de erro a partir da casuística de outros países ou mesmo a partir de uma reflexão no plano teórico. A evolução com base na observação do dia a dia deve ser pensada, claro, mas o mais fácil, o mais básico, o que já é considerado "velho" na ciência da segurança, é o aprendizado com erros ou com eventos.

[717] Bom registrar que se deve exagerar a importância de uma quantificação precisa do risco de erro; primeiro porque não é indispensável; segundo, porque não haveria como pensar num patamar de risco que dispensasse os gestores dos serviços de justiça a se despreocupar com medidas capazes de aprimorar o Sistema. Nesse sentido, Richard Leo (et, al); "although Gross and O'Brien correctly point out, as have many other scholars before them, "that the frequency of wrongful convictions is unknown and unknowable, it is not necessary to know the incidence or prevalence of a phenomenon to study it empirically or scientifically. Virtually every aspect of the study of American crime and criminal justice contains some incomplete or missing information. Scholars need not exaggerate the significance of the "dark figure" of wrongful conviction or the implications of imperfect knowledge or the absence of pristine pre-existing data sets.". LEO, Richard; GOULD, Jon. Studying wrongful convictions: learning from social sciences. **Ohio State Journal of Criminal Law**, v. 7, n. 7, pp. 7-30, 2009, p. 29.

sobretudo, para conhecer suas tipologias[718] e fontes e, aproveitando de sua aptidão pedagógica, pensar em que caminhos podem levar à sua evolução.[719]

4.4.1 Aprendendo com a experiência dos países de Common Law: um sistema voltado à descoberta de erros e um cadastro oficial de condenações errôneas

A otimização dos mecanismos de controle sobre erros — quer aquele com base na demonstração de erro na valoração da prova, quer aquele que se dá mediante a proposta de uma nova reconstrução dos fatos—, não só propiciaria melhores resultados diretos – a correção do erro e a contenção e/ou reparação do dano decorrente—, como também poderia reforçar um modelo de aprendizado com o erro, parecendo óbvio que, quanto mais erros detectados, mais informações relevantes (sobre os fatores que contribuíram para aquele resultado) serão obtidas; ou seja, tanto se reduzirá a cifra oculta como se formará uma amostra com mais capacidade para melhor retratá-lae, consequentemente, de viabilizar um caminho para sua redução.

A elevada importância do que configuraria um (sub)sistema voltado à descoberta e comprovação de erros autoriza concluir que próprio Estado deveria assumir os serviços inerentes, sem prejuízo da participação da sociedade civil organizada, através dos "projetos inocência", que sem dúvidas prestam um excelente serviço e efetivamente contribuem para melhores resultados desse (sub)sistema.[720]

Assim, quer porque a identificação e correção do erro, apenas pela sua repercussão imediata, já se mostra demasiado relevante, quer porque o Sistema de Justiça, para evoluir, precisa dessa matéria-prima preciosa, deveria o Estado brasileiro seguir a experiência

---

[718] Como registra James Doyle, se não se conhece as condições que geram um erro, não haverá como impedir sua repetição. *In verbis*: "If these conditions are not identified and addressed there will be no guarantee that the same dismal narrative will not be repeated with another practitioner—who may not be a "bad" actor, but may not be an exemplary actor either—when his turn comes.". DOYLE, James. Innocence and Prevention: Could we Build Justice Safety Centers?. **The Wrongful Conviction Law Review**. 1. 253-269, 2020, p. 257.

[719] "II. The Cases. 1. The Definition of "Exoneration: We study exonerations to learn about false convictions. Exonerations and the processes that produce them are interesting in themselves, but they are most important as the best source of information we have about the accuracy of our system of criminal adjudication, and the only source of direct evidence about the error we most want to avoid: convicting the innocent.". GROSS, Samuel R.; SHAFFER, M.**Exonerations in the United States, 1989-2012:** Report by the National Registry of Exonerations. The National Registry of Exonerations, 2012, p. 6.

[720] É que, nesse ponto, vale o alerta de Emily Hughes, que aborda a situação do indivíduo legalmente ou (apenas) presumidamente inocente – que seria aquele que foi condenado injustamente por um crime, por meio de uma violação da ordem normativa, mas que não consegue demonstrar ser genuinamente inocente; ressaltando que os "projetos inocência" americanos têm tradicionalmente se concentrado em réus com alguma comprovação de sua inocência genuína, enquanto aqueles apenas "legalmente" inocentes têm sido, até certo ponto, negligenciados ou "desvalorizados.". HUGHES, Emily. Innocence Unmodified.**North Carolina Law Review**, v. 89, 2011, p. 1083.

estrangeira e instituir órgãos ou comissões voltadas ao reconhecimento de erros, o que poderia ocorrer no âmbito da defensoria pública, das procuradorias públicas e/ou em órgãos ligados à defesa dos direitos humanos.

Nesse sentido, vale registrar a experiência norte-americana com as chamadas*Conviction Integrity Units*,as quais são divisões específicas das promotorias, dedicadas exclusivamente a identificação, correção e prevenção de condenações errôneas[721], o que se justifica porque, embora fosse possível enxergar o promotor (do caso passível de revisão) como legitimado e obrigado a adotar medidas voltadas à descoberta de erros e sua correção, seriam inúmeras razões que contraindicariam um modelo centralizado na pessoa do acusador[722].

Há diversas outras experiências do que chamamos de «sistema voltado à descoberta de erros», com na Inglaterra, Canadá, Escócia, Autrália.[723]Na Noruega, por exemplo, a Comissão de Revisão de Casos Criminais (*Norwegian Criminal Cases Review Commission – NCCRC*), inspirada nos exemplos inglês e escocês, é um órgão independente, com orçamento próprio, dotado dos seus próprios investigadores e peritos e de poderes de requisição de diligências e documentos, tendo, ademais, o poder de definir, por maioria de votos, se o caso será reaberto,

---

[721] "A Conviction Integrity Unit (CIU) is a division of a prosecutorial office that works to prevent, identify, and remedy false convictions. They are sometimes called Conviction Review Units (CRUs). Several Conviction Integrity Units have accomplished a great deal in a short period of time, and there has certainly been an uptick in the number of offices that claim to have formed CIUs. It is still too soon to know whether this trend will produce a change in the way prosecutors operate generally. For more information on the history of CIUs, please see the annual report excerpts linked below".Disponível em: https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/Conviction-Integrity-Units.aspx Acesso em 23 fev. 2023.

[722] Nesse sentido, Ginsburg e Hunt, que entendem que o promotor tem a obrigação de apoiar a reabertura de um caso para remediar uma condenação injusta, mas mencionam o que denominam de "desincentivos institucionais", que reduzem as chances desse atuar imparcial em relação a uma reclamações pós-condenação, como a limitação de recursos financeiros, de tempo, preocupações políticas, como o receio de perderem a confiança do público, além dos vieses cognitivos. (GINSBURG, Douglas H.; HUNT, Hyland. The prosecutor and post-conviction claims of innocence: DNA and beyond?, **Ohio. ST. J. Crim. L**, 771, 2010, p. 414.). Luparia tanto destaca a necessidade de que o próprio Estado se engage na identificação e correção de erros, como endossa as razões que contraindicam que essa tarefa fique sob o encargo do promotor de justiça do caso, *verbis*: "This observation leads us to the second aspect of the U.S. experience that should serve as an example for Italy: the judiciary needs to be involved in the process of preventing and reversing wrongful convictions. In Italy, the Prosecutor is allowed to ask for a revision process, yet this rarely occurs sua sponte. As the decrease in the number of wrongful convictions serves the purpose of justice, and not merely that of the defendant, judges and prosecutors should not consider the work of Innocence Projects as 'disturbing' the normal course of justice, but rather as a precious instrument to decrease the risk of judicial errors being made. LUPARIA, Luca; GRECO, Chiara. Unveiling wrongful convictions between U.S. and Italy: cross-learning from each other mistakes. **Wrongful Convictions Law Review**, v. 1, n. 1, pp. 101-123, 2020, p. 120.

[723] Confira-se em: DUCE, Mauricio; FINDLEY , Keith A. Editorial of dossier "Wrongful convictions and prosecutions: current status, causes, correction and reparation mechanisms" - Wrongful convictions and prosecutions: an introductory overview. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 8, n. 2, p. 523-566, mai./ago. 2022, p. 547 e ss.; DUCE, Maurício. **Errores del sistema y condena de inocentes:** nuevos desafíos para nuestra justicia penal acusatoria. In El modelo adversarial em Chile: ponencias sobre su implementación en la reforma procesal penal. El modelo adversarial en Chile: ponencias sobre su implementación en la reforma procesal penal. Santiago: Lagal Publishing, 2013, p. 6 e ss.

ou não.[724]

Destaca-se entre os resultados alcançados, o banco nacional de condenações errôneas que propiciou a operação cumulada do modelo americano, o qual, desde seu início, em 1989, até 23 de fevereiro de 2023, já havia registrado 3.381 casos de condenações errôneas reconhecidas[725], que contam com um relato de cada caso, com a indicação das causas que levaram ao erro, mas que, sobretudo, permitem que pesquisadores de instituições públicas e privadas interessados na prevenção de erros estudem-nos a fundo, parecendo claro que a ideia de evolução do judiciário, notadamente através da estipulação de boas práticas e do treinamento dos agentes envolvidos com o Sistema de Justiça, pressupõe produção de conhecimento (científico ou seguro), o que reclama uma boa base de dados[726].

Dadaa natureza submersa das condições que geram os erros do Sistema de Justiça, os erros reconhecidos, porque permitem enxergá-las, devem ser considerados um verdadeiro tesouro[727], daí a importância do produto gerado pelo sistema de revisão americano[728].

---

[724] STRIDBECK, Ulf; MAGNUSSEN, Philos Svein. Prevention of Wrongful Convictions: **Norwegian Legal Safeguards and the Criminal Cases Review Commission**. In 80 U. Cin. L. Rev, v. 80, 2013, p. 8 e ss.

[725] exonerationregistry.org.

[726] Luparia (et. al) destaca a importância do banco nacional de condenações americano: "Accurately studying case files made it possible for them to precisely identify what mistakes were occurring, at what stage of the proceeding, with what frequency and who was responsible. Such precise knowledge has led to well-founded reform proposals, often implemented both through legislation or guidelines. Most importantly, American scholars have at their disposal an extremely powerful tool: the well re-known National Registry of Exonerations. Currently counting 2,555 exonerations since 1989, the Registry provides (to everyone and for free) accurate information on each and every exoneree's case, with the additional possibility for practitioners to request case files. Such an enormous database enables scholars to easily obtain the information and data they need to build their own theory on the causes of wrongful convictions, to advance reform proposals and to share awareness. As a leading scholar has noted, *The National Registry may be the wave of the future for the next generation of American wrongful conviction studies*.". LUPARIA, Luca; GRECO, Chiara. Unveiling wrongful convictions between U.S. and Italy: cross-learning from each other mistakes. **Wrongful Convictions Law Review**, v. 1, n. 1, pp. 101-123, 2020, p. 109).

[727] Assim, James Doyle: "[…] the submerged nature of the criminal system's dangers is unsettling, but a useful converse of the Perrow maxim is that when an exoneration does make a dangerous condition visible that event can be, as patient safety pioneer Dr. Donald Berwick argued, 'A treasure'." DOYLE, James. Innocence and Prevention: Could we Build Justice Safety Centers?. **The Wrongful Conviction Law Review**, p. 253-269, 2020, p. 257 - 258.

[728] Mais que compreensível a crítica que Luparia faz da ausência de algo semelhante em seu país: Mais adiante, queixa-se da ausência de algo equivalente na Itália: "The brief summary of probable causes for wrongful convictions we have provided might lead the reader to believe that, as it has been done in the U.S., Italian scholars have had the opportunity of accessing case files and analyzing previous cases of wrongful convictions, in order to gain a precise knowledge of past mistakes, the trial stage in which they occurred and their frequency. Once again, reality is quite different from imagination. As it has already been noted, the Italian system does not provide accurate statistics or research concerning wrongful convictions, despite having had to face many 'infamous' instances of such a phenomenon in the past. The Ministry of Justice is not bound nor is spontaneously required to publish any official data concerning wrongful conviction cases, let alone disclose the original case materials in order for scholars to study them in the context of a case-by-case analysis. This means that besides cases in which lawyers (or exonerees) themselves have shared the facts and files of 'their' wrongful conviction, Italian scholars have few possibilities of identifying with sufficient certainty both the legal and the root causes of the 'Italian miscarriage of justice'. We don't know the percentage of cases in which identification procedures were conducted in an informal way; we don't know how often police officials and forensic experts contaminate

4.4.2 As bases para um «aprendizado com erros»

Ainda que se reconheça o avanço na adoção de um sistema voltado à descoberta/comprovação de erros, este parece insuficiente para propiciar a máxima aproximação entre o Sistema idealizado e a sua concretização na praxe; é que:

a) como já dito há pouco, a própria natureza do sistema de revisão impõe seu estreitamento, posto que se for demasiado aberto, o problema relacionado à qualidade apenas mudaria de "lugar";

b) o próprio sistema de revisão pode apresentar os mesmos (ou até maiores) problemas que o sistema de valoração, ou seja, por mais que se invista num sistema de investigação e comprovação de erros, haverá revisões acolhidas, onde genuinamente culpados serão (falsamente) declarados inocentes, e revisões recusadas, onde os genuinamente inocentes permanecerão rotulados como culpados.

Não se quer aqui desprestigiar o trabalho voltado à demonstração de erros/falhas do Sistema — eles são simplesmente imprescindíveis — o que se quer dizer aqui é que a esse sistema de revisão de erros — deve ser seguido de um trabalho voltado ao aprendizado e à evolução, o qual, por sua vez, reivindicaria uma abordagem amigável do erro; o que, segundo já firmado pela chamada "ciência da segurança" ou "ciência da prevenção" (*Safety Science*), é indispensável para aproveitar o seu lado positivo.

Afinal, como defendem aqueles que se dedicam ao estudo da prevenção de erros[729], deve-se partir da ideia de que estes não são consequências, mas causas; de que eles têm uma

---

evidence; we don't know in how many cases the official transcribing of interceptions had no expertise in psycholinguistics; we don't know in how many cases the defendant was subject to undue pressure while questioned; we have no clue of the number of cases in which pentiti's declarations were not corroborated by other evidence. Worse of all, we don't know if there are other causes specific to the Italian system, absent in other countries, that might explain our escalating figures of wrongful convictions". LUPARIA, Luca; GRECO, Chiara. Unveiling wrongful convictions between U.S. and Italy: cross-learning from each other mistakes. **Wrongful Convictions Law Review**, v. 1, n. 1, pp. 101-123, 2020, p. 118-119.

[729] A ideia de prevenção de erros se insere numa maior: a de gerenciamento de erros, que envolve a prevenção no sentido estrito, a contenção dos efeitos dos erros e a eliminação ou reparação dos danos gerados:"Error management is ... as a meaningful approach to an error with the goal: - to avoid further errors or mistakes, - that the negative effects of errors do not arise, and - the consequences of errors can be quickly eliminated. Amini and Mortazavi (2013) consider error management to be critical, observing that error prevention also potentially stops certain long-term positive effects of inevitable errors. These authors note that scientific understanding of the negative effects of errors is much better developed than that of the possible positive effects of errors. As a result, most of the research has been devoted to the concept of error avoidance in an attempt to prevent erroneous actions as far as possible. Amini and Mortazavi (2013, p. 1) advocate a greater focus on the potential long-term positive consequences of errors such as learning, innovation and resilience, even if these are less obvious." VANDERHEIDEN, Elisabeth; MAYER, Claude-Hélène. There Is a Crack in Everything. That's How the Light Gets in: An Introduction to Mistakes, Errors and Failure as Resources. In: Vanderheiden, E., Mayer, CH. (eds), Mistakes, Errors and Failures across Cultures. Springer. 2020. 10.1007/978-3-030-35574-6. p. 18.

história, o que faz com que a descoberta do erro não seja vista como um fim, mas apenas o começo.Somente compreendendo as circunstâncias de um erro é que uma organização pode considerar prevenir sua recorrência.

É certo que as falhas em uma determinada organização não podem ser simplesmente vistas como aleatórias nem incontroláveis, mas daí não decorre que sempre haverá um indivíduo (ou de um grupo delimitado) responsável. Se se resume a atribuir a culpa a uma pessoa, perder-se-á a oportunidade de plena compreensão e aprendizado, daí porque não se deve priorizar uma abordagem preocupara em culpar, responsabilizar e punir seus eventuais causadores.[730]

Tirar bom proveito dos erros requer, inicialmente, uma mudança de postura em relação ao mesmo. De uma cultura do perfeccionismo, onde as ideias de erro, culpa, vergonha[731] estariam imbricadas, deve-se seguir a uma abordagem mais positiva (ou mais amigável[732]) do erro.

---

[730] TAMASCELLI, Nicola; PALTRINIERI, Nicola; COZZANI, Valerio. Learning From Major Accidents: A Meta-Learning Perspective. Safety Science. 158. 2023. p. 5. 105984. 10.1016/j.ssci.2022.105984.

[731] "Several scientific approaches have affirmed that a positive and constructive viewpoint can change negative and challenging experiences (Seligman and Csikszentimihalyi 2000), such as mistakes, errors and failures. In order to deal constructively with mistakes, errors and failure from the perspective of positive and optimal functioning, it is crucial to overcome a destructive culture of error and transform it in favor of a constructive culture of error. Characteristic elements of a destructive error culture would be, for example, a threat or guilt culture (Löber 2012, pp. 232–238). Shame and shaming can also potentially be a component of this destructive culture of error if it is closely linked to fear and insecurity, misused as an instrument of power or not consciously used and perceived as a resource (Mayer et al. 2019). In order to use mistakes, errors and potential failure as a resource, a positive error culture is necessary and decisive. Important elements of such a culture can be a sense of security and support for learning from mistakes which opens spaces for experimental error-friendliness (Löber 2012, pp. 245–263; Frese and Keith 2015) as well as experimental possibilities ..." (VANDERHEIDEN, Elisabeth; MAYER, Claude-Hélène. There Is a Crack in Everything. That's How the Light Gets in: An Introduction to Mistakes, Errors and Failure as Resources. In: Vanderheiden, E., Mayer, CH. (eds), Mistakes, Errors and Failures across Cultures. Springer. 2020. p. 19-20)."

[732] "Gartmeier (2009, p. 14), on the other hand, deals in particular with the concept of "error-friendliness" in his studies, in which a distinction is made between error-friendliness at the level of individual, error-related settings like attitude and error-friendliness in the sense of a knowledge-based ability to avoid errors. On the basis of the definition from von Weizsäcker and von Weizsäcker (1998, as cited in Gartmeier 2009, p. 19): "[t]he concept of error-friendliness describes the attributes of biological systems that make it possible that system disturbances do not lead to their extinction, but that they can be used for their further development (von Weizsäcker and von Weizsäcker 1984, 1998). Organisms—as special forms of biological systems—have a variety of mechanisms that allow them to deal with negative environmental effects or to use them for their development. This feature of error-friendliness can be an indispensable and central tool of human development. According to von Weizsäcker and von Weizsäcker (1984, as cited in Gartmeier 2009, p. 19), learning from mistakes, errors and failures helps to adapt to ever new environmental conditions and to solve the associated problems. In terms of learning from failure, mistakes plays a significant role. (...) Gartmeier (2009, p. 20) has been able to observe three aspects of error-friendliness in particular, which have proven particularly effective in this context: 1. A positive attitude towards mistakes 2. The knowledge-based ability to avoid mistakes and erros 3. Certain forms of experiential knowledge, especially *negative knowledge*." "Negative knowledge in this context offers various beneficial effects, because it:

1. Supports certainty in how to proceed; 2. Increases efficiency during actions; 3. Improves the quality and depth of reflection processes on action. Negative knowledge can be considered as the outcome of learning from errors but at the same time can be seen as a special case of experiential learning, because error-related learning employs the construction of knowledge from episodic events." (Ibidem, p. 20).

Essa atitude positiva em relação ao erro é o primeiro passo para se assumir uma cultura de segurança, entendida como o conjunto de atitudes, crenças e valores dos operadores de um determinado sistema ou organização, que determinam a gestão de segurança ou prevenção de erros ou falhas. Referida cultura, por conseguinte, incorpora a comunicação de erros e incidentes críticos.[733]

Uma determinada cultura, que, por exemplo, compreenda o número de erros descobertos como indicativo do nível de segurança do sistema, pode inculcar a ideia de que o erro humano é inadmissível, porque poderia ter sido controlado, o que leva a um foco exagerado no erro do operador da "linha de frente". Essa cultura da perfeição (utópica) pode levar a culturas localizadas de culpa, vergonha, autopreservação e coleguismo, gerando consequências como, p. ex., a ocultação de determinadas informações de segurança[734]. Vale mencionar, ainda, os efeitos dos relatórios de erro, que (para que gerem efeitos positivos) não prescindem de uma cultura organizacional que o considere como ferramenta de aprendizado[735].

É comum alguns associarem a tragédia de um erro judiciário à necessidade de responsabilizar o seu causador, como se regra fosse a possibilidade de atribuir (causalmente) uma falha a alguém sozinho. Entretanto, estudos demonstram o potencial "destrutivo" de uma abordagem preponderantemente disciplinar (punitiva) dos erros. Mesmo nos casos em que emerja um erro humano, o reconhecimento da culpa, desídia do agente não dispensa o conhecimento sobre uma complexa relação de interação causal[736]. Afinal, fracasso e sucesso provêm das mesmas fontes e sua interpretação está nas narrativas das pessoas.[737]

Como exemplo dessa abordagem positiva do erro, pode-se mencionar o disposto no anexo 13 da Convenção de Aviação Civil Internacional de Chicago — Investigação de

---

[733] VAN DER WESTHUIZEN, J.; TSHABALALA, M.; STANZ, K. Mistakes, Errors and Failures: Their Hidden Potential in Cultural Contexts – The Power of a Professional Culture. In: Vanderheiden, E., Mayer, CH. (eds) Mistakes, Errors and Failures across Cultures. Springer, 2020. p. 571. Disponível em https://doi.org/10.1007/978-3-030-35574-6_30.

[734] (Ibidem. p. 571 e 577)

[735] "... a culture lens to existing data from a qualitative study on error reporting as a social construct and found that learning does not occur in isolation or purely because an error is reported. Error reporting depends largely on how an industry publicly reacts to human error and how well organizations frame error as learning opportunities. We also show that a safety management system (SMS) needs to develop its knowledge management capability to transform error reports into learning opportunities and material at an individual, team and organizational (system) level." (Ibidem. p. 565).

[736] Confira-se em: a) DEKKER, Sidney. Prosecuting professional mistake: Secondary victimization and a research agenda for criminology. Int. J. Crim. Justice Sci.. 4. 2009; b) DEKKER, Sidney. The criminalization of human error in aviation and healthcare: A review. Safety Science, 49(2), 121–127. 2011. https://doi.org/10.1016/j.ssci.2010.09.010

[737] VAN DER WESTHUIZEN, J.; TSHABALALA, M.; STANZ, K. Mistakes, Errors and Failures: Their Hidden Potential in Cultural Contexts – The Power of a Professional Culture. In: Vanderheiden, E., Mayer, CH. (eds) Mistakes, Errors and Failures across Cultures. Springer, 2020. p. 580.

Acidentes Aeronáuticos—, que registra que o único objetivo da investigação de umacidente ou incidente será a prevençãode acidentes e incidentes; não sendo propósitodesta atividade atribuir culpa ou responsabilidade[738].

Não se quer fazer um "ataque" ao modelo disciplinar sancionador: extrapola nosso objeto definir a partir de quando ele poderia produzir algum bom resultado na melhoria do Sistema. O que se quer defender é que a colocação desse modelo para ser a linha de frente da lida com os erros não contribuirá para a melhoria do Sistema, senão o contrário.

Surge, daí, a necessidade de compreensão de outra ideia: a de erro organizacional. É normal que hajanuma organização uma espécie de tendência, decorrente da própria cultura ali difundida (da ausência de treinamento ou mesmo de um determinado treinamento ruim; de seus "bons" exemplos etc.), que explicariam o descumprimento de certos padrões de atuação, onde não se mostra relevante ou preponderante as condições individuais.[739]

A divisa entre o erro organizacional e o erro individual não é precisa, daí porque — em uma abordagem positiva do erro — para configurar este último, deve-se enxergar uma atuação idiossincrática de um determinado indivíduo ou grupo limitado; não sendo isso evidente, impõe-se rotulá-lo como um erro organizacional[740].

A propósito, pensando na valoração da prova, percebe-se que os ditos fatores humanos

---

[738] CARDOSO, Vitor Alexandre de Freitas e CUKIERMAN, Henrique Luiz. A abordagem sociotécnica na investigação e na prevenção de acidentes aéreos: o caso do vôo RG-254. Revista Brasileira de Saúde Ocupacional, v. 32, n. 115, pp. 79-98. 2007. p. 79 Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0303-76572007000100008

[739] "From an organizational psychological perspective, Goodman, Ramanujam, Carroll, Edmondson, Hofmann and Sutcliffe (2011, p. 151) distinguish organizational errors as a construct that differs from errors at the individual level. They understand errors to be essentially unintentional deviations from rules or procedures (e.g. non-verification of drugs prior to administration to patients, non-compliance with safety guidelines in a coal mine) that can lead to negative organizational results. ... According to their research, individual and organizational errors differ fundamentally. Because an organizational error is constitutive, the structures and processes that have caused multiple people within an organization to participate in that common behavioral pattern or deviation need to be analysed and identified. By contrast, individual errors indicate action deviations of a person that differ from the actions of other people within the organization. ... "Edmondson and Verdin (2018, p. 83) add further aspects of organizational errors that: • Concern the actions of multiple organizational members • Have the potential to result in adverse organizational outcomes • Represent unintended discrepancies from goals and expectations • Carry a risk of harm • Are caused by organizational conditions such as rules and values." (VANDERHEIDEN, Elisabeth; MAYER, Claude-Hélène. There Is a Crack in Everything. That's How the Light Gets in: An Introduction to Mistakes, Errors and Failure as Resources. In: Vanderheiden, E., Mayer, CH. (eds), Mistakes, Errors and Failures across Cultures. Springer. 2020. p. 9-10).

[740] "Various authors distinguish an organizational error from an error that an individual makes in an organisational context, in that an organizational error is not caused by idiosyncratic characteristics of one or more persons (Russo and Schoemaker 1989; Kahnemann 2013; Roxburgh 2003), but results from the conditions existing in the organisation (Goodman et al. 2011). Organizational errors are not the result of simple human misconduct, but can be traced back to organizational conditions, policies and strategies" (VANDERHEIDEN. 2020. p. 10). No contexto da segurança do transporte aeroviário: "Error is understood in this context: as action or inaction that leads to deviation from crew or organizational intentions or expectations (Helmreich et al. 2000, p. 6)". (VANDERHEIDEN, Elisabeth; MAYER, Claude-Hélène. There Is a Crack in Everything. That's How the Light Gets in: An Introduction to Mistakes, Errors and Failure as Resources. In: Vanderheiden, E., Mayer, CH. (eds), Mistakes, Errors and Failures across Cultures. Springer. 2020. 10.1007/978-3-030-35574-6. p. 10).

que influenciam o processo decisório não dependem exclusivamente do agente; nesse sentido, basta refletir que a atividade resulta: *i*) da arquitetura cognitiva do (cérebro do) agente, ou seja, a sua aptidão natural; *ii*) do sistema de treinamento e motivacional ao qual foi submetido; *iii*) do nível de confiança do agente; *iv*) das informações irrelevantes sobre o caso; *v*) das informações relevantes sobre o caso (ou seja, da prova).[741]

Associada a essa ideia, a Ciência da prevenção (*safety Science*) recomenda que a abordagem dos erros deve superar um velho paradigma de causas como fontes isoláveis[742]. Ali se costuma questionar o potencial de aprendizado (sobre o porquê de sistemas complexos falharem) e, consequentemente, de reforço da segurança que traria a identificação e "rotulagem" de um determinado ato ou omissão isoladamente considerados, o que se costuma denominar de busca da "causa raiz". Defende-se que tal caminho estaria muito distante da realidade de um sistema complexo e que, ademais, apresentaria uma espécie de distração em relação à falha estudada, impedindo o aprendizado subsequente. Daí que, embora o fator humano seja o último filtro de segurança de um sistema que falha ocasionalmente, na maioria dos casos, toda uma série de fatores contributivos também desempenham um papel de alguma forma na criação das condições nas quais um incidente ocorre ou um operador comete um erro.[743]

Se se pensa num sistema de gestão do conhecimento que permita o aprendizado, deve-se incorporar a ideia de que um sistema complexo requer capacidades multifacetadas para criar um valor ótimo deste, daí porque se o isolamento de um erro pode limitar o aprendizado, a abordagem das falhas sistêmicas, que constituem um terreno fértil para mais erros, pode contribuir consideravelmente para o aprendizado organizacional capaz de levar a um ambiente mais seguro e mais eficiente. A partir delas, o aprendizado é expandido para atingir seu maior potencial somente quando a lição de erro é ajustada ou elaborada para cada perfil que integra a organização.[744]

---

[741] JEANGUENAT, Amy M.; DROR, Itiel E.. Human Factors Effecting Forensic Decision Making: WorkplaceStress and Well-being. Journal of forensic sciences 63.1. p. 258–261. 2018. p. 259.

[742] "2.1. New safety thinking The focal and starting point of the new approach to safety is the consideration of human error as a result of underlying problems instead of being the final or primary cause of a safety event; organisation-wide behaviours or systemic flaws might predispose individuals to commit an error (Reason, 1990 a,b). (KARANIKAS, Nektarios; CHIONIS, Dimitrios; PLIOUTSIAS, Anastasios. (2020). "Old" and "New" Safety Thinking: Perspectives of Aviation Safety Investigators. Safety Science. 125. 1-17. 10.1016/j.ssci.2020.104632., p. 2).

[743] VAN DER WESTHUIZEN, J.; TSHABALALA, M.; STANZ, K. Mistakes, Errors and Failures: Their Hidden Potential in Cultural Contexts – The Power of a Professional Culture. In: Vanderheiden, E., Mayer, CH. (eds) Mistakes, Errors and Failures across Cultures. Springer, 2020. p. 572 – 573.

[744] VAN DER WESTHUIZEN, J.; TSHABALALA, M.; STANZ, K. Mistakes, Errors and Failures: Their Hidden Potential in Cultural Contexts – The Power of a Professional Culture. In: Vanderheiden, E., Mayer, CH. (eds) Mistakes, Errors and Failures across Cultures. Springer, 2020. p. 578.

Tomando emprestado os ensinamentos dos que se dedicam à segurança de voo, vale mencionar o que ensina Patriarca (et. al.)[745], que, defendendo um modelo de segurança proativo e holístico, adere à ideia de que aprender com erros (ou mais abrangentemente com eventos) pode ser visto como uma mudança no repertório de comportamentos de uma dada organização, fruto de uma análise que pensa em ações para preveni-los; todavia, o autor critica a tradição de buscar a identificação da(s) causa(s) do evento com base numa perspectiva newtoniana da investigação retrospectiva, que busca uma reconstrução linear do que seria a trajetória que levou ao evento adverso. Embora reconheça a validade de tal método para sistemas simples, Patriarca defende que não permanecem válidas para os sistemas sociotécnicos atuais, onde a complexidade não pode simplesmente ser reduzida e tem que ser gerenciada. As investigações, então, não deveriam seguir uma lógica de relógio, onde um sistema é estruturado como uma sequência de posições estáticas; dá como exemplo o resultado da investigação de um acidente envolvendo um cargueiro da DHLe um Tupolev que transportava crianças da Rússia até Barcelona, que mostrou que o evento não teve nenhuma causa ou erro atribuível claramente aos operadores da linha de frente (pilotos, controladores de voo etc.), mas adveio de uma confluência de múltiplas condições, muitas das quais eram claramente subótimas. Assim, uma«inteligência de segurança» eficaz deveria, portanto, consiguir explorar a complexidade do sistema sociotécnico, ao invés de visar a identificação de uma causa raiz.

4.4.3 Por um «laboratório de prevenção de erros judiciários» no âmbito do próprio Judiciário

Isso que poderíamos chamar de uma cultura de segurança (em geral) ou de um sistema de aprendizado com os erros (em particular) pode ser implementado e gerido no âmbito do Poder Judiciário, com a instalação de um laboratório de inovação especificamente voltado à prevenção do erro.

Os laboratórios de inovação são ferramentas de gestão do conhecimento, que objetivam a produção de saberes seguros, confiáveis, a partir da experiência dos gestores e demais integrantes de uma determinada organização, identificando experiências e testando-as empiricamente. Sua essência é, pois, que os saberes obtidos através da experiência

---

[745] PATRIARCA, Riccardo; DI GRAVIO, Giulio; CIOPONEA, R. & Licu, A.. Safety intelligence: Incremental proactive risk management for holistic aviation safety performance. Safety Science. 2019. 118. 551-567. 10.1016/j.ssci.2019.05.040. p. 552.

profissional merecem uma abordagem mais segura, como a propiciada pela Ciência, o que sobremaneira não afasta a necessidade o confronto com uma visão externa[746].

Numa apertada síntese, um laboratório de inovação no Judiciário pode ser visto como o espaço físico, ou mesmo virtual, onde juízes e servidores, com outros atores do Sistema de Justiça (e inclusive jurisdicionados), mediante métodos baseados em *design thinking*, refletem sobre problemas e desenvolvem soluções para aprimorar a prestação jurisdicional.[747]

A ideia de gerir a inovação no âmbito do Judiciário é recente[748], o que se explica pelo tradicional isolamento e conservadorismo que ali até bem pouco tempo imperavam. Seu marco normativo mais importante é a Resolução do CNJ nº. 395/2021, que instituiu a Política de Gestão da Inovação no âmbito do Poder Judiciário[749], onde são enunciados os dez princípios da gestão da inovação: (*i*) cultura da inovação; (*ii*) foco no usuário; (*iii*) participação; (*iv*) colaboração; (*v*) desenvolvimento humano; (*vi*) acessibilidade; (*vii*) sustentabilidade socioambiental; (*viii*) desenvolvimento sustentável; (*ix*) desburocratização; e (*x*) transparência[750].

Em linhas gerais, são pressupostos fundamentais da inovação judicial: *i*) a concepção da jurisdição (também) como um serviço judicial; *ii*) a agregação de valor judicial a esse serviço por meio da ressignificação de práticas tradicionais; *iii*) a remodelagem centrada no jurisdicionado, ocorrendo de fora para dentro e preferentemente implodindo a camada burocrática que desumaniza a prestação jurisdicional; e *iv*) a finalidade de proporcionar a melhor experiência possível ao jurisdicionado, ainda que isso não implique o acolhimento da pretensão deduzida na lide.[751]

Entende-se, assim, que as ideias defendidas pela Ciência da segurança, que reclamam uma mudança de cultura mais preocupada com a prevenção do erro e portanto, com o

---

[746] CLEMENTINO, Marco Bruno M. Princípios da Inovação Judicial. In: LUNARDI, Fabrício; CLEMENTINO, Marco B. M (coords.).**Inovação judicial:** fundamentos e práticas para uma jurisdição de alto impacto. Brasília: ENFAM. 2021, p. 32.

[747] Ibidem, p. 29.

[748]Bochenek registra a história da inovação na Justiça Federal e no Conselho Nacional de Justiça. BOCHENEK, Antônio C; Zanoni, Luciana. Rede de inovação do poder judiciário brasileiro: histórico dos laboratórios de inovação na justiça federal e a relação com os objetivos de desenvolvimento sustentável. **Revista Humanidades e Inovação**, v.8, n.47, p. 23-32, 2021, p. 25.

[749]Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/original1259312021060960c0bb3333a4f.pdf Acesso em 20 fev. 2023.

[750] Clementino propõe "[...] o seguinte conjunto de princípios específicos da inovação judicial: i) princípio da horizontalidade (princípio do tamborete); ii) princípio da gestão judicial democrática; iii) princípio da cocriação judicial; iv) princípio da colaboração judicial; v) princípio da independência judicial compartilhada; vi) princípio da racionalidade experimental; vii) princípio da flexibilidade e da adaptabilidade; viii) princípio da desburocratização; ix) princípio da cultura de simplicidade; x) princípio da cultura digital judicial; xi) princípio da comunicação judicial empática e inclusiva; xii) princípio da diversidade e da polifonia de ideias; xiii) princípio da sustentabilidade; e xiv) princípio da centralidade no jurisdicionado. CLEMENTINO, *op. cit.*,p. 47.

[751] Idem, p. 45-46.

jurisdicionado, sobretudo o da justiça criminal, confluem com as ideias defendidas pelo atual movimento de inovação do Judiciário brasileiro, no sentido de que "[...] a inovação precisa ser elemento propulsor de mudança de cultura organizacional, por meio da agregação de uma espécie de valor judicial, com foco direcionado ao jurisdicionado, em busca de uma jurisdição mais humana, democrática, transparente, sustentável e solidária"[752].

Admitindo isso, passa-se aqui a propor algumas ideias gerais para o funcionamento do que seria o laboratório de prevenção de erro judiciário (ou do observatório de erros judiciário), mediante a conjugação dos reclames da **ciência da segurança**, dos **princípios da inovação judicial responsável**[753] e das **necessidades do Sistema de Valoração da Prova Judicial**.

a) a finalidade exclusivamente preventiva

A finalidade do laboratório é testar o sistema teórico (ou idealizado) e a medida da sua concretização na praxe, com o fim exclusivo de propor o aperfeiçoamento quer do próprio Sistema como das práticas judiciais.

Deve-se, pois, adotar medidas voltadas a evitar a exploração dos aspectos negativos dos erros, da dor sofrida pelo acusado e sua família, bem assim, expor aqueles que seriam os seus causadores ou responsáveis. Longe de configurar alguma espécie de corporativismo, tal abordagem, como se viu há pouco é recomendada pela Ciência da Segurança (ou da prevenção); não sendo à toa que, justamente onde o erro deve ser mais levado a sério, essa medida constitui pressuposto básico de uma atuação preventiva.

b) a matéria-prima do laboratório: os erros e os "quase erros"

O trabalho do laboratório não deve se resumir aos casos de erro reconhecidos pelo Sistema de Revisão; nada impede que se estudem casos de outros países, p. ex. Ademais, é recomendado que se estudem casos que se enquadrem como "quase erros" (*near misses*), como longas prisões preventivas seguidas de absolvições, uma sentença condenatória reformada em apelação, um voto condenatório que não chegou a obter a adesão da maioria etc.

O estudo dos chamados*near misses* é importante porque estes viabilizam a

---

[752] Ibidem, p. 44-45.

[753] "[...] a responsabilidade do inovador inda, a responsabilidade do inovador não se limita à sua responsabilidade legal: ela vai além, e se traduz numa preocupação de "fazer o bem" ao tomar decisões quando se é responsável por outros.". SCHILLING, Taís; MÜNCH, Luciane. Inovação a Serviço de um Judiciário transformador: uma perspectiva sistêmica. **ReJuB - Revista Judicial Brasileira**, v. 1, n. 1, p. 11-36. Brasília: ENFAM, 2021, p. 21..

comparação entre os "percursos" que levaram a resultados diversos, permitindo perceber o que pode ter feito a diferença; a ideia, assim, consiste em utilizá-los tanto para a identificação de fontes potenciais de erros, como para formar um *grupo de controle*. Jon Gould et. al. considera importantíssima a abordagem, porque se poderia viabilizar o conhecimento de como, em casos que não redundaram em condenaçõeserrôneas,vêm sendo contidas as diversas fontes de erro jámapeadas[754].

Registre-se, ademais, que, embora se enverede para uma casuística mais ligada ao processo penal, não se pensa que o observatório seja apenas para casos de erro judiciário (penal): casos cíveis de repercussão e/ou de elevada danosidade do erro podem e devem ser analisados pelo laboratório.

c) Linhas gerais para o trabalho do laboratório

Todos os integrantes do laboratório assumirão o papel de analistas de casos, o que se adequa à ideia defendida pelos que se dedicam à inovação no Judiciário, que defendem uma estrutura não hierarquizada nos laboratórios, para aproveitar ao máximo da participação de cada ator. Assim, juízes, servidores, pesquisadores e outros agentes do Sistema de justiça atuarão em uma rede que garanta a todos um lugar de fala e de escuta, de modo a proporcionar o enriquecimento do processo de deliberação.[755]

---

[754] "*Investigating a New Question: How Erroneous Convictions Differ from Near Misses*. As each of the four studies indicates, it is essential to create a comparison, or control, group of cases when studying erroneous convictions. Otherwise, researchers risk labeling certain sources as "causes" of erroneous convictions when the factors are merely correlates. The task, again, is to understand how erroneous convictions differ from the other set of cases – which sources are exclusive to erroneous convictions as against a different set of cases – and to develop a better comprehension of how those sources interact with one another. In choosing a comparison group, researchers typically assemble cases that differ in their exposure to a particular condition. In medical research, for example, one group of patients may receive a new drug while the control group takes a placebo. By contrast, experimental research in criminal justice raises serious ethical and constitutional questions,1 so researchers often select a comparison group that differs from the cases of interest on other bases, including outcome. In Harmon and Lofquist's (2005) study, for example, defendants in both sets of cases were presumed to be innocent and differed only in the outcome of the matter; in one set of cases, defendants were exonerated, and in the other they were executed. The choice of a comparison group should speak to the underlying question at issue in the research. In Harmon and Lofquist's work, the researchers were interested in why the criminal justice system exonerated some erroneously convicted capital defendants while executing others who were also innocent. Gross and O'Brien (2008), by contrast – and Harmon herself (2001) – sought to understand what distinguished the cases of innocent capital defendants who were exonerated from those of guilty capital defendants who were executed. Garrett (2008), who does not claim to have employed social science methods, set out to identify factors specific to the innocent who were exonerated by DNA. 2 At this point, social science research on erroneous convictions is still too young to have evidenced a pattern of interest when employing a control group, but the prior case studies of wrongful conviction may even ask a slightly different question: in scouring the facts of individual cases of erroneous conviction, these studies seek to understand which factors distinguish accurate from mistaken convictions.". GOULD, Jon; CARRANO, Julia; LEO, Richard; HAIL-JARES, Katie. Predicting Erroneous Convictions. **Iowa Law Review**, 99, 2013, p. 29 e ss.

[755] "A referência a "princípio do tamborete" remete à necessidade de relativização do formalismo dos espaços judiciais em que se pretende inovar, a fim de que o mero simbolismo não silencie determinados indivíduos que precisam falar e ser ouvidos. Como exemplo, não custa pontuar que laboratórios judiciais de inovação são locais muito mais propícios para inovar do que os salões nobres de fóruns e tribunais. O princípio da gestão

O analista deve ser alguém treinado, de preferência um especialista na área (Direito Probatório, Raciocínio Probatório, Epistemologia, Psicologia Cognitiva etc.); seu empenho deve ser o do juiz dedicado.

O estudo de casos deve se operar com base em todo o material que estava disponível quando da prolação da decisão errônea, incluindo os autos do inquérito, com seus apensos, os arquivos de áudio e/ou vídeo em que foi registrada a prova oral; deve-se seguir uma dupla abordagem às cegas, sem que nenhum dos analistas conheça a análise do outro e, na medida do possível, sem ter conhecimento da prova nova e/ou das razões que fizeram a Corte revisora reconhecer o erro judiciário; isso para evitar a atuação do viés de retrospectiva ou o "eu-sempre-soube"[756].

O ponto de vista a ser assumido pelo analista é, então, o do julgador, devendo promover a organização da prova, sua análise, voltada primeiramente a estabelecer o vínculo entre cada prova e cada probanda, buscando definir, primeiro, se se tratou de uma condenação sem provas. Na sequência, dever-se-á aferir a confiabilidade de cada prova e a medida da corroboração que fornecem a cada probanda. Ao final, uma organização de cada enunciado segundo uma história que englobe os fatos sob reconstrução, a investigação e o processo, de sorte a poder, assim, perquirir se o standard de suficiência foi atingido.

É importante seguir esse caminho porque isso pode levar a conclusões acerca do potencial protetivo do standard frente ao potencial protetivo de uma séria organização e abordagem atomista da prova, de modo, por exemplo, a orientar a formação/atualização dos juízes; afinal de contas, como se disse há pouco, o aprendizado com erros não só afere o cumprimento dos critérios de valoração, mas testa os próprios critérios.

O analista não deve se contentar com a identificação de uma má interpretação ou mau raciocínio por parte do julgador[757]— o que poderia simplificar em demasia seu trabalho —; deve, primeiro, sempre pensar que pode haver uma tendência do Sistema de Revisão a ser

---

democrática consiste em desdobramento do primeiro, pressupondo que uma gestão inovadora precisa saber ouvir, em busca da agregação de genuíno valor judicial, evitando que determinadas estratégias sejam traçadas sem a devida atenção aos problemas sistêmicos da jurisdição e simplesmente expressem a aceleração de uma atividade irrefletida e acrítica quanto às respectivas consequências sociais.".CLEMENTINO, Marco Bruno M. Princípios da Inovação Judicial. In: LUNARDI, Fabrício; CLEMENTINO, Marco B. M (coords.).**Inovação judicial:** fundamentos e práticas para uma jurisdição de alto impacto. Brasília: ENFAM. 2021, p. 47 - 48.

[756] Sobre o viés de retrospectiva (hindsight bias): KAHNEMAN, Daniel. **Thinking, fast and slow**. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011, p. 173.

[757]"Los errores judiciales pueden o no ser atribuidos al juez según sea el caso. Muchos de ellos tienen como causa la insuficiente preparación técnica del juzgador, mientras que otros se deben a que su actuación es dolosa o culposa. Cabe señalar, no obstante, que existen ciertas decisiones que siendo desacertadas no pueden imputarse a la calificación profesional del juez ni a su actuación, sino que es el resultado del propio sistema jurisdiccional de toma de decisiones.".MALEM SEÑA, Jorge F.; EZQUIAGA GANUZAS, F. Javier; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. **El error judicial. La formación de los jueces.** Madrid: F.C.J.E, 2009, p. 35-36.

mais ou menos rigoroso quando se trata de um determinado tipo de criminalidade (econômica, p. ex.), de sorte que deve incorporar a ideia de que haverá casos de condenações materialmente corretas revisadas por decisões materialmente erradas; e, ainda, que não consiga se afastar da ideia de que, ali, há potencialmente um erro de julgamento, deve incorporar que o propósito de sua análise é seguir adiante, especular outros fatores: por exemplo, o número de sentenças ou acórdãos produzidos por aquele mesmo juiz; a demanda a que estava submetido na época; a formação na área que foi disponibilizada a ele; se mostrou alguma tendência (viés) a desconsiderar ou desvalorizar um tipo de prova; se havia ou não réu preso, se a prisão se deu por conta de decisão do julgador (ou de outro juiz); o tempo que o mesmo dispôs para proferir a sentença (acórdão) etc.

Nesse sentido, é a crítica feita em realização à maneira de estudar os erros judiciários: Jon Gould e Richard Leo sugerem que essas pesquisas deveriam se concentrar nos "[...] fatores que de algum modo contribuíram" para uma condenação errônea, ao invés de se buscar as tais "fontes exclusivas" do erro.[758]

---

[758] In: GOULD, Jon B.; LEO, Richard A.. One Hundred Years Later: Wrongful Convictions After a Century of Research, 100,**J. Crim. L. & Criminology**, 825-868, 2010, p. 827. Em outro trabalho defenderam a mesma ideia "As we have seen, the narrative method of legal scholarship oversimplifies the multifactorial, complex, and contingente nature of causation in wrongful conviction cases. It also tends to elevate individual factors over institutional ones, omit alternative hypotheses or explanations, repeat old findings with new stories, and simplify the larger systemic context of wrongful convictions.". (LEO, Richard; GOULD, Jon. Studying wrongful convictions: learning from social sciences. **Ohio State Journal of Criminal Law**, v. 7, n. 7, pp. 7-30, 2009, p. 28). Pode-se mencionar, ainda, James Doyle, *in verbis:* "[…] over the past decade an alternative explanatory paradigm has begun to gain traction. It understands the criminal justice system not as a chaotic wetland and not as a 'complicated' machine with many parts, like a jet airliner at rest. In this conception, criminal justice, like a jet airliner in operation, is a complex adaptive system in which the frontline operators are engaged in "sense-making" in a dynamic environment. Wrongful convictions can be understood as system errors arising in a complex socio-technological system. It is generally impossible to discover a single broken component or incompetent operator that fully explains the event. Even in situations where it appears that an individual's misconduct is responsible for the harm, someone hired that "bad apple"; someone supervised him; someone failed to prevent or intercept his missteps; someone (or many "someones") created the environment in which he decided he would zig when he should have zagged. The shifting, overlapping (and often conflicting) goals, conditions, and influences that buffet sharp end actors and produce mistakes are not determinative, as failed switches or frozen gears would be; their impacts are probabilistic. The effects are not linear and sequential; everyone's actions are affecting everyone else's actions simultaneously. While it is true that "upstream" police are affecting the "downstream" prosecutors, the police decisions are affected by their understandings of the prosecutors' downstream requirements, and both groups are affected by what they anticipate in the courtroom. All the actors are responding to pressures from caseloads, budgets, politics, and media. A "bad apple" explanation is not sufficient. Even identifying a free-standing "rotten barrel" (for example, a police department or crime lab) will almost never provide either an adequate diagnosis or a fully effective treatment. Safety cannot be found in a single component or silo any more than wetness can be found in single molecule of H2O. Complexity requires an understanding not simply of components, but also of their interactions. (…) Careful examination of an exoneration through a safety lens will reveal not only a defective component (e.g., hair comparison or coercive interrogation) or isolated dishonest human (e.g., a prosecutor who hides Brady material) but an extensive "influence map" of overlapping and interactive dangers and weaknesses that can be addressed and mitigated before the next practitioners confront them. A fully contextualized event review can contribute to system resilience in a way that a performance review aimed at misconduct cannot. The logic of complexity dictates that no criminal justice "silo", no matter how dedicated and well-meaning its representatives, can

Deve-se, por isso, sempre que possível registrar o tempo da análise, da estruturação do seu raciocínio, de suas reflexões e da redação de seu relatório, isso porque há (por enquanto só) um mito de que o julgamento seguindo uma determinada pauta de racionalização demandaria um tempo significativamente maior do que o juiz e sua equipe dispõem: parece ser extremamente relevante saber, p. ex. que o analista levou 20 horas para julgar um caso que o CNJ impõe seja julgado em 2 horas.

Assim, deve-se buscar a compreensão de um cenário causal (muitas vezes complexo e multifatorial), não se contentando com a catalogação de problemas isolados, como ocorre em diversas análises, que apontam como causas as falsas confissões, falsos reconhecimentos etc.

A necessidade dessa abordagem sistêmica implica que o analista não pode se contentar, por exemplo, com o achado de uma prova particularmente enganosa (*misleading evidence*)[759]. Como resultado dessa abordagem tradicional, a maioria dos estudos sobre os erros judiciários terminam apontando/classificando as causas ou fontes com base no tipo, ou na origem da prova que "levou" à condenação, apelando para um potencial ilusório que elas teriam. O resultado da cumulação desses estudos é, muita vez, a recomendação da exclusão da prova que não preenche um ideal de qualidade e/ou a exigência de reforço (*corroboration requirement*).

Não há dúvidas que é importante alertar para o potencial ilusório de um determinado tipo de evidência, por razões intrínsecas a ela e/ou por conta do despreparo ou má-fé de quem a formaliza, na medida em que se pode refletir sobre adoção de medidas de contenção específicas, relacionadas à sua coleta, registro e preservação, na limitação de sua força probatória (*corroboration requirement*) ou até mesmo na sua exclusão.

Há, todavia, que se reconhecer como uma espécie de coarctação do potencial de aprendizado se uma dada análise para no reconhecimento de que a causa de um dado erro foi a apresentação de uma «prova particularmente enganosa». Daí porque é bastante elucidativa a abordagem sistêmica da chamada *misleading evidence* proposta por Smit, Morgan e

---

address all of these conditions on its own. It also underlines the importance of reviewing a wrongful conviction from an "all-ranks" perspective. An event review is free to act on both of these precepts.".(DOYLE, James. Innocence and Prevention: Could we Build Justice Safety Centers?. **The Wrongful Conviction Law Review**. n. 1., p. 253-269, 2020, p. 255-258). No mesmo sentido: i) DOYLE, James. Learning from error in American Criminal Justice. **The Journal of Criminal Law and Criminology**, 100, p. 109-148, 2010.; e ii) SANGERO, Boaz. Safety from False Convictions. **Criminal Justice Theory Blog**. 2021. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3989119 Acesso em 15 fev. 2023.

[759] "Misleading evidence is evidence that misleads you. It leads you in one direction while the right direction is the otherway. Where does misleading evidence lead you away from? ... Misleading evidence leads you away from knowledge because, in basing your belief on in-fact irrelevant evidence, you're at best Gettiered (at best it leads you to fall victim to the original kind of Gettier case) (...).". FANTL, Jeremy. Entitlement and Misleading Evidence. **Philosophy and Phenomenological Research**, p. 1-19. 2022, p. 18.

Lagnado[760].

Para os autores, uma dada prova é potencialmente enganadora quando o seu significado — em termos de corroboração de uma dada hipótese — puder não ser totalmente compreendido (ou não for claramente expressado).

Em estudo que sobre 235 casos rotulados como *misleading evidence*, extraídos de 218 apelações julgadas pela Court of Appeal of England and Wales, concluiu-se que, na maioria deles (76%), as provas ditas enganosas, na realidade não eram tão enganosas assim, já que o reconhecimento do erro não necessitou da apresentação de uma nova prova. Ademais, em 66% dos casos, os enganos estavam relacionados à própria interpretação da evidência, o que significa que não teriam ocorrido se se tivesse providenciado mais transparência (via abordagem analítica) na relação entre a evidência e a *probanda*[761].

Daí porque registram que se utilizam do termo *misleading evidence*com uma abordagem retrospectiva, para se referir à evidência que enganou ou que apresentou o potencial de enganar o decisor[762]. De fato, uma abordagem prospectiva só poderia a levar a classificação de uma prova como particularmente enganosa, se o seu agente projetar uma valoração com alguma defasagem cognitiva[763]. A partir da análise de diversos estudos sobre o que seriam provas periciais derivadas de uma ciência ruim (*junk science*), espécie de prova enganosa, verificaram que os respectivos erros judiciários não decorreram apenas de falhas nos métodos dessas provas, mas, sobretudo, de falhas de comunicação e de interpretação delas. Concluem ser errado eleger uma determinada categoria de prova como a "maçã podre", enquanto os muitos dos erros poderiam ter sido evitados com uma boa valoração da prova[764].

Pensando, assim, trazendo a responsabilidade também para o designer do sistema teórico, para os gestores dos serviços judiciais, notadamente os que definem as prioridades formativas do juiz brasileiro, pode-se pensar em caminhos para melhorar a qualidade da

---

[760] SMIT, Nadine; MORGAN, Ruth; LAGNADO, David. A systematic analysis of misleading evidence in unsafe rulings in England and Wales. **Science & Justice**, 58, p. 128-137, 2017, p. 128.
[761] SMIT et al. *op. cit.*, p. 128**.**
[762] SMIT et al. *op.cit.*, p. 129**.**
[763] Nesse sentido: "Evidence can be misleading: it can rationalize raising one's confidence in false propositions, and lowering one's confidence in the truth. But can a rational agent know that her total evidence supports a (particular) falsehood? It seems not: if we could see ahead of time that our evidence supported a false belief, then we could avoid believing what our evidence supported, and hence avoid being misled. So, it seems, evidence cannot be predictably misleading.". HOROWITZ, Sophie. Predictably Misleading Evidence.In:SKIPPER,Mattias; STEGLICH-PETERSEN, Asbjørn (eds.).**Higher-Order Evidence:** New Essays, p. 105–123. Oxford: Oxford Academic, 2019, p. 105.
[764] Smit (e. al.) se refere aos seguintes estudos: GARRETT, B.L., Convicting the Innocent: Where Criminal Prosecutions Go Wrong(2011); GARRETT, B.L.,Judging innocence, **Columbia Law Rev.** 108, 2008, p. 55–142.;COLLINS,J.M.;JARVIS, J. The wrongful conviction of forensic science, Forensic Sci. **Policy Manag**. An Int. J. , 2009,p. 17–31.; SMIT, Nadine; MORGAN, Ruth; LAGNADO, David. A systematic analysis of misleading evidence in unsafe rulings in England and Wales. **Science & Justice**, 58, p. 128-137, 2017, p. 135.

própria valoração da prova[765].

Finalmente, vale registrar que o laboratório gerará três tipos de "produtos": (*i*) os relatórios de casos, com a identificação do cenário causal[766], os quais, com a respectiva documentação, poderão ser utilizados em treinamentos de juízes e demais operadores do sistema; (*ii*) relatórios de meta-análises, com o resultado do tratamento de informações obtidos a partir dos casos acumulados; (*iii*) recomendações, para o aprimoramento de diversas práticas e, eventualmente, do próprio Sistema normativo.

---

[765] Pode-se citar, por exemplo, o trabalho de Rizzeli, Kassim e Gales, que buscam desenvolver critérios linguísticos que poderiam converter-se em razões objetivas para valoração das confissões: "Moreover, the most frequent mental verb following "I" in CPF was found to be "Iknow/knew", while for CPT it was "I think/I thought", further raising the question of authorship, as it also ties to the higher level of confidence found in CPF by LIWC. However, both "I guess" and "I mean" were more frequently used in CPF (e.g. "I guess I was, yeah, I was kind of drunk by then, drinking pretty much;" "And I mean so I... that's why I got that gun for that purpose. But I don't... I mean I don't need no gun you know what I mean;" "So, I guess (name) her in the bedroom, in his bedroom, and started, I don't know, he beat her up, I guess. He knocked her out of something like that; he said in order to make love to her; she started yelling against and started fighting him, I guess he beat her up real bad and (name) got pissed about it."), adding a tentative aspect to the narrative and contrasting the previous finding, perhaps suggesting partial authorship. Lastly, a close examination of the variations of the sentence "I don't remember" revealed that in CPF, the phrase tended to complete the sentence in approximately half of the cases (e.g., "I don't remember, I don't think, I don't know nothing;" "Not that I remember, I don't remember nothing, I don't remember nothing;" "I was – don't – don't remember. I was drinking that night;" "I don't remember exactly.") In contrast, in CPT, the sentence was followed in the majority of the cases by an explanation of what was not remembered (e.g. "I don't remember how many times I stabbed him; "I guess, I don't remember if it was on the bed or the floor;" "I don't remember the exact words I used, but I told him what happened and where it was;" "I don't remember if she was in or out of the car when she asked.").". RIZZELLI, Lucrezia & KASSIN, Saul & GALES, Tammy. The Language of Criminal Confessions: A Corpus Analysis of Confessions Presumed True vs. Proven False. **The Wrongful Conviction Law Review**, 2,p. 205-225, 2021, p. 218.

[766] Para aproveitar os erros e relatórios de erros em todo o seu potencial, as organizações devem aplicar uma abordagem de sistema e explorar múltiplas narrativas/ângulos para entender a complexidade do sistema e o que deu errado ao mesmo tempo em que percebem a diferença entre o trabalho como imaginado e o trabalho como feito. VAN DER WESTHUIZEN, J.; TSHABALALA, M.; STANZ, K. Mistakes, Errors and Failures: Their Hidden Potential in Cultural Contexts – The Power of a Professional Culture. In: VANDERHEIDEN, E.;MAYER, CH. (eds.).**Mistakes, Errors and Failures across Cultures**. Springer, 2020, p. 580.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entende-se que toda a argumentação desenvolvida no presente trabalho é capaz de sustentar as seguintes assertivas, trazidas agora a título de conclusões.

*

I) A ordem jurídico-constitucional, ao delinear a posição do indivíduo frente ao Estado, assegurou, àquele, o direito fundamental à prova, o que significa que, no âmbito de toda a atividade probatória, o jurisdicionado, autor ou réu, deve ser visto como ocupante de uma posição que sujeita o Estado-juiz a uma atuação específica.

II) O direito à prova não comporta uma concepção que coloque o julgador numa condição de passividade cognitiva, como quem estivesse ali para deixar-se seduzir pela retórica das partes. Apenas uma postura de resistência à persuasão permitiria contemplar, ao mesmo tempo, o direito à prova ostentado de cada uma delas.

III) Essa ideia de resistência (à persuasão) é a única forma de atuação que pode contemplar tanto o direito do autor, que busca convencer o julgador da existência de razões suficientes à aceitação da hipótese objeto da prova, como o do réu, que busca convencê-lo exatamente do contrário.

IV) Como consequência, há que se admitir que o direito à prova comporta tanto (*i*) um direito ao acesso e incorporação ao processo dos elementos de prova, equivalendo a um mandamento de maximização das possibilidades probatórias — ao maior número e às melhores fontes de prova e aos meios ou técnicas mais eficazes de incorporação ao processo e exame, como (*ii*) um direito à consideração, pelo julgador, de todos e cada um dos itens que compõem o conjunto probatório, com base em critérios ou parâmetros adequados aos princípios e finalidade que estruturam o sistema de processual, que servirão como o ponto de apoio para que resista à persuasão.

V) A adequada valoração da prova, assim, só pode ser vista como uma atividade que se opera mediante uma atenção intensa, um esforço intelectual, voltado a identificar cada um dos elementos de prova incorporados ao processo, bem assim todas as relações entre estes e as *probandas* que compõem a hipótese.

VI) Considerando ser propósito da ordem jurídica de interferir na realidade, (des)estimulando determinados comportamentos, a finalidade do processo e da prova não pode se dissociar da ideia de obtenção da verdade histórica, mediante o resgate analógico da realidade única que ficou no passado;

VII) As limitações da cognição humana impõem, todavia, se reconheça que essa aproximação dar-se-á num ambiente de incerteza, ou seja, traz indissociável um risco de erro.

VIII) a ideia de minimizar o risco de erro em cada valoração da prova considerada isoladamente não esgota as funções da Prova Judicial, que ainda deve ajustar o balanço entre os riscos de «falsos positivos» e «falsos negativos» e administrar os custos da redução do risco, tutelando diversos outros valores.

IX) A valoração da prova, embora integre uma atividade maior, não se volta propriamente a aproximar-se da verdade histórica, mas a significar o conjunto probatório incorporado, acessando apenas a verdade "contida" ou viabilizada por ele.

X) A valoração da prova é, assim, o conhecimento, pelo julgador, da prova incorporada ao processo, com vistas a verificar se preenche os critérios que autorizam a admissão da hipótese em disputa como verdadeira.

XI) A valoração da prova, além de pressupor um julgador imparcial e com atitudes e habilidades adequadas, reclama uma disciplina com aptidão para impedir ou minimizar o enviesamento cognitivo.

XII) A valoração da prova pode ser vista como um conjunto de diversas atividades, que compreendem a organização do objeto da valoração (elementos empíricos e probandas fruto da decomposição da hipótese em disputa), o exame — percepção e interpretação — da prova, o raciocínio probatório ou a valoração da prova em sentido estrito (aferição e combinação das forças probatórias) e o confronto da força totalizada com o standard probatório.

**

XIII) O sistema de valoração da prova brasileiro pode ser dividido em 4 subsistemas: *i*)

um modelo de constatação da existência de prova; *ii*) um modelo de constatação da suficiência da prova, mais conhecido como standard de prova (externo); *iii*) um guia para expressão e totalização da força probatória e *iv*) os critérios para validação do conhecimento de mundo empregado no raciocínio probatório.

XIV) A admissão, como provada, de uma determinada hipótese em disputa, exige antes de tudo a incorporação válida de ao menos um item de prova, entendido como um elemento empírico — pessoa ou coisa — que teriam a capacidade para fornecer ou se converter em razões favoráveis à admissão da hipótese como verdadeira.

XV) A prova deve ser compreendida como o elemento empírico que se candidata a vestígio ou rastro do passado, ou a uma espécie de representação deste.

XVI) Admite-se a chamada prova por indícios, que podem consistir ou se converter em razões com aptidão para admitir uma hipótese como verdadeira.

XVII) Indício(s) e hipótese (ou *probanda*) devem apresentar uma relação lógica e causal de acordo com a regularidade de mundo que se conhece.

XVIII) Não basta a existência de apoio em elementos empíricos para que uma hipótese seja admitida como provada; as razões respectivas devem ser ainda consideradas suficientes para tanto.

XIX) A ordem jurídico-processual brasileira institui dois modelos de constatação da suficiência probatória: para o processo civil e para o processo penal;

XX) No processo civil (patrimonial), os elementos de apoio devem se converter em razões capazes de autorizar uma preferência pela hipótese submetida à prova quando comparada à sua antítese;

XXI) No processo penal, os elementos empíricos devem gerar razões de suporte da hipótese que, além de autorizar uma preferência pela mesma, consigam afastar qualquer hipótese plausível que possa beneficiar o acusado.

XXII) A aferição da força probatória deve operar-se segundo a probabilidade lógica ou indutiva, revelando-se uma proposição tanto mais forte quanto melhor se sair a hipótese (objeto da prova) na disputa pela condição de melhor explicação para a existência e o modo de ser da prova que se incorporou ao processo.

XXIII) A abdução, enquanto forma de raciocínio, é indissociável da ideia de probabilidade lógica e, portanto, da aferição da força probatória, quer se trate de um elemento isolado ou de um conjunto deles.

XXIV) O raciocínio probatório compatível com o sistema opera mediante a aplicação de um conhecimento-de-mundo, que assume a forma de generalização e funciona como garantia da inferência probatória.

XXV) Os saberes que integram o senso comum podem ser utilizados no raciocínio, mas devem passar por um monitoramento voltado à depuração das chamadas generalizações espúrias, compreendidas como aquelas que não têm nenhum suporte empírico, que não poderiam ser frutos de uma experimentação pela coletividade como um todo, configurando crenças ou mitos populares.

XXVI) O conhecimento científico não incorporado ao senso comum não pode ser empregado diretamente pelo julgador no raciocínio probatório, reclamando que sua validação siga o meio de prova pericial, com o exame e o testemunho de um especialista na área de conhecimento.

XXVII) Exceção implícita no ordenamento diz respeito ao conhecimento indispensável à valoração a prova testemunhal, englobando a prova de reconhecimento, porquanto constitui, ao lado da prova pericial, meio típico de prova, cujo exame cabe ao julgador e às partes.

***

XXVIII) O sistema de valoração da prova, acima delineado, é um modelo (teórico) limite, que comporta sua concretização mediante em graus, de sorte que o mesmo pode revelar-se mais ou menos efetivo. Algum déficit de concretização (ou de efetividade) é tolerável pelo Sistema.

XXIX) Pode-se aferir a efetividade do Sistema de Valoração da Prova brasileiro de modo indireto, com base num prognóstico que tenha por base a disciplina de atividades que teriam a aptidão para maximizar a concretização da respectiva disciplina na praxe judicial.

XXIX) O legislador brasileiro não estabelece nenhuma exigência para a motivação da *quaestio facti* na sentença, abrindo mão de atribuir-lhe uma aptidão para reforçar o cumprimento de uma adequada valoração da prova.

XXX) Embora haja previsão de um subsistema voltado à identificação e correção do erro na valoração da prova, este não se concretiza em boa medida, gerando um controle aleatório e seletivo.

XXXI) O ensino jurídico, em geral, e a formação e aperfeiçoamento dos juízes em particular ainda não dão a merecida atenção aos saberes — conhecimento de mundo, atitudes (virtudes) e habilidades — dos quais depende o cumprimento do Sistema de valoração da prova.

XXXII) Também se perde uma valiosa oportunidade de evolução do Sistema que opera na realidade, já que não se opera um (sub)sistema voltado ao aprendizado com erros.

****

XXXIII) Forçoso reconhecer que o Sistema, como desenhado no capítulo II, não é propriamente um sistema, mas apenas um esboço; está longe ainda de ser algo que se coloque para funcionar; não está acabado e operativo. Na realidade, o sistema de valoração da prova brasileiro virá ou poderá vir a partir de diversos debates que se seguirão e que venham a se refletir numa doutrina e jurisprudência firmes e/ou mesmo em alterações legislativas. Ou seja, algo mais digno de merecer o termo “sistema” só virá pelas mãos de outros.

XXXIV) O mérito desse trabalho quiçá reside na abordagem sistemática e concatenada de todas essas questões, e da tentativa de conectar todas à ideia de que existe sim um direito subjetivo a uma determinada modalidade de cognição pelo julgador, que agirá não como autoridade, como árbitro, mas como agente de uma atividade preponderantemente cognoscitiva.

REFERÊNCIAS

ABADE, Denise Neves. **Garantias do Processo Penal Acusatório**. Rio de Janeiro:

ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de; GOUVEIA, Lúcio Grassi de; COLARES, Virgínia. Fatores metaprocessuais e suas influências para a formação da decisão judicial. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, nº 2, 2018.

ACCATINO, Daniela. Atomismo y holismo en la justificación probatoria.**Isonomía**, n. 40, p. 17-59. México, 2014.

ACCATINO, Daniela. Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, **Valparaíso,** n. 37, p. 483-511, Valparaíso: 2011.

ACCATINO, Daniela. La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal: un diagnóstico. **Rev. derecho (Valdivia)** [online], vol.19, n.2, pp. 9-26, 2006.

ACCATINO, Daniela. Notas sobre la aplicación de la distinción entre contextos de descubrimiento y de justificación al razonamiento judicial. **Revista de Derecho**, vol. 13, pp. 9-25, 2002.

AFTALIÓN, Enrique; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. **Introducción al Derecho**. Buenos Aires: Abreledo-Perrot, 1999.

ALARCÓN. Reynaldo Bustamante. **El derecho a Probar como elemento esencial de un proceso justo**. Santiago, 2015.

ALLEN, Ronald; PARDO, Michael. Relative plausibility and its critics. **The International Journal of Evidence & Proof**, 23(1–2), 5–59. 2019

ALLEN, Ronald; PARDO, Michael. Juridical Proof and the Best Explanation. **Law and Philosophy**, v. 27, n. 3, pp. 223-268, 2008.

ALLEN, Ronald. The conceptual challenge of expert evidence. **Revista Discusiones Filosóficas**, 14(23), pp. 41-65, 2013.

ALMEIDA, Cléber Lúcio de. **Elementos da teoria geral da prova.** A prova como direito humano e fundamental das partes do processo judicial. São Paulo: LTR, 2013.

ALMEIDA, Diogo A. R. **A prova pericial no processo civil:** o controle da ciência e a escolha do perito. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

AMARAL, Letícia Silva. **Direito autônomo à prova.** Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade Federal do Espírito Santo. Vitória, 2017.

AMARAL, Paulo Osternack. **Provas, Atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

AMAYA, Amalia. The virtue of judicial humility, **Jurisprudence**, 9:1, p. 97-107,2018.

AMAYA, Amalia. Virtudes y razonamiento probatorio. **Revista Anuario: Diálogos Jurídicos**. 2017. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/321319006_Virtudes_y_razonamiento_probatorio_in_Revista_Anuario_Dialogos_Juridicos/link/5a1c67ac0f7e9b2a53169367/download acesso em 31/1/2013 Acesso em 07 fev. 2023.

ANDERSON, T., SCHUM, D., & TWINING, W. **Analysis of Evidence** (2nd ed., Law in Context). Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

ANDRADE, Flávio da Silva. A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 507-540, jan./abr. 2019.

ANDRADE, Flávio da Silva. **Standards de prova no processo penal:** quando de prova é necessário para deferir medidas cautelares, receber a denúncia, pronunciar e condenar? São Paulo: Editora Juspodivum, 2022.

ARCE, Ramon; FARIÑA, Francisca; NOVO, Mercedes. Anchoring in judicial decision-making. **Psychology in Spain**, n. 7, p. 56-65, 2003.

AROCA, Juan Montero. Principio acusatorio y prueba en el procesal penal.In: Colomer, Juan L G (coord.). **Prueba y proceso penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

ASÚA, Luis Jiménez de. **Crónica Del Crimen.**Buenos Aires: Pannedille, 1970.

ATIENZA, Manuel. **Cuestiones Judiciales**. México: Fontamara, 2002.

AUILO, Rafael. A valoração judicial da prova no direito brasileiro. Salvador: Juspodivm, 2021.

AVELINO, Murilo Teixeira. **O controle judicial da prova técnica e científica.** Salvador: Juspodivm, 2018.

AZEVEDO, Gelson de. A formação dos juízes. **Revista. TST Brasília**, vol. 69, n l. 2003.

AZÓN, Félix V.; MARTÍNEZ, Carlos Gómez. **Nuevo modelo de acceso a la carrera judicial, de formación inicial y continuada.**Madrid: Fundación Antonio Carretero, 2008.

BACHELARD, Gaston. **A epistemologia**. Tradução: Fátima Lourenço Godinho e Mário Carmino Oliveira, Lisboa, 2006.

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

BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia da prova digital. In: OSNA, Gustavo (et. al). **Direito probatório**. Londrina: Thoth Editora, 2023.

BADARÓ, Gustavo. A inferência probatória e a justificação do juízo de fato no processo penal. In: MALAN, Diogo et al (orgs.). **Processo Penal Humanista**. Escritos em homenagem a Antonio Magalhães Gomes Filho. Belo Horizonte, 2019.

BADARÓ, Gustavo. **Correlação entre acusação e sentença.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

BADARÓ, Gustavo. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: BEDAQUE, José R. S; CINTRA, Lia C. B.; EID, Elie P. (coord.). **Garantismo processual:** garantias constitucionais aplicadas ao processo. p. 219-260. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

BADARÓ, Gustavo. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BADARÓ, Gustavo. **Manual dos recursos penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BADARÓ. Gustavo. Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha In: YARSHELL, Flávio; MORAES, Maurício (org.). **Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover.** São Paulo. p. 341-352. DPJ, 2005.

BADARÓ, Gustavo. Vícios de motivação da sentença penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação *per relationem*. **Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal**, vol. 6. 2015.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Provas atípicas. **Revista de processo**. v. 19, n. 76, p. 114–126, out./dez. p. 114-126. São Paulo, 1994.

BARROS, Márcia M. N.; VITOVSKY, Vladimir Santos. **Curso de Formação Inicial e de Aperfeiçoamento para fins de Vitaliciamento de Magistrados:** relato de uma experiência e de um porvir. Brasília: ENFAM, 2016.

BARROSO, Anamaria Prates. A racialização do processo penal como forma de enfrentamento do racismo nas práticas processuais penais: por um processo penal não racista. Tese de doutorado em Direito Constitucional defendida perante o IDP. Brasília, 2022

BAYÓN MOHÍNO, J. C. «Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano». **Revista Jurídica Mario Alario D´Filippo,** vol. 2, n.º 4, diciembre de 2010.

BEECHER-MONAS, Erica. **Evaluating Scientific Evidence:** An Interdisciplinary Framework for Intellectual Due Process. Cambridge University Press, 2006.

BENFORADO, Adam. **Unfair.** The new science of criminal injustice. New York: Crown Publishers, 2015.

BENTHAM, J. **Tratado de las pruebas judiciales**. Francia: Bossange, 1825.

BERNAT, Pedro H. Haddad. Epistemología de virtudes robusta: sobre los límites y las posibilidades de su aplicación a la prueba de los hechos en el derecho. Crítica, **Revista Hispanoamericana de Filosofía**, Vol. 49, n. 145, 2017.

BEX, F. J., PRAKKEN, H., & VERHEIJ, B. **Anchored narratives in reasoning about evidence**. Legal Knowledge and Information Systems: JURIX: The Annual Conference, pp. 11-20, 2006.

BEX, Floris J. **Arguments, stories and criminal evidence** - A formal hybrid theory, Londres: Springer, 2010.

BEX, Floris; KOPPENB, Peter J. van; PRAKKEN, Henry; VERHEIJD, Bart. A hybrid formal theory of arguments, stories and criminal evidence. **Artificial Intelligence and Law**, n. 18, pp.123-152, 2010.

BOCHENEK, Antônio C; Zanoni, Luciana. Rede de inovação do poder judiciário brasileiro: histórico dos laboratórios de inovação na justiça federal e a relação com os objetivos de desenvolvimento sustentável. **Revista Humanidades e Inovação**, v.8, n.47, p. 23-32, 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros. 2000.

BRAGA DAMASCENO, Fernando. A Constituição e a valoração da prova judicial: entre a indiferença e um mandamento de redução do risco de erro. **ReJuB - Revista Judicial Brasileira**, v. 1 n. 1. p. 37 – 59. Brasília: ENFAM, 2021.

BRAGA DAMASCENO, Fernando. **E quando a testemunha diz na investigação e desdiz no julgamento?** Monografia 2011. Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa 2011.

BRANDÃO, Antônio Augusto Pires. A valoração da prova e o controle da atividade judicial. **Revista de Processo**, vol. 285/2018, p. 19 – 42, São Paulo, 2018.

BREWER, Scott. Scientific Expert Testimony and Intellectual Due Process. **Yale Law Journal**, vol. 107, no. 6, April 1998, pp. 1535-1682, 1998.

BURNIER JÚNIOR, João Penido. **Teoria geral da prova.** Campinas: Edicamp. 2001.

CABRAL, Angélica Mota. **Processo e racionalidade:** a necessidade de um modelo normativo para fundamentação do juízo de fato. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2020.

CABRAL, Antônio. Imparcialidade e impartialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções no processo penal. **Revista de Processo – RePro**, n. 149, ano 32. p. 339 – 364, 2007.

CALAMANDREI, Piero. **La cassazione civile**. Torino: Fratelli Bocca, 1920.

CALAMANDREI, Piero**. La genesi logica della sentenza civile**, in Opere Giuridiche, vol. 1. Roma: Roma TrE-press, 2019.

CALHEIROS, Maria Clara. **Para uma teoria da prova.** Coimbra: Editora Coimbra, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Ação Rescisória.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**. local: Juruá Editora, 2014.

CAMBI, Eduardo. Direito constitucional à prova no processo civil. São Paulo, 2001.

CAMBI, Eduardo; HOFFMANN. Eduardo. Caráter probatório da conduta (processual) das partes. **Revista de Processo**, vol. 201, p. 59 – 100, 2011.

CAMPOS, Cláudia S. A. A formação de juízes: o desafio de formar novas competências. **Revista Brasileira de Administração Científica**, v.8 - n.2, p.147-162, 2017.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANI, Luiz Eduardo; ROSA, Alexandre Morais da. **Guia para mitigação dos erros judiciários no proceso penal.** Florianópolis: Emais Editora, 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O ônus da prova na jurisdição das liberdades. In: CANOTILHO, José Joaquim**. Estudos sobre Direitos Fundamentais**, Coimbra: Coimbra editora. 2008.

CAPURSO, Timothy J. "How Judges Judge: Theories on Judicial Decision Making." **University of Baltimore Law Forum**, vol. 29, no. 1, p. 5-16. 1999.

CARDOSO, Vitor Alexandre de Freitas e CUKIERMAN, Henrique Luiz. A abordagem sociotécnica na investigação e na prevenção de acidentes aéreos: o caso do vôo RG-254. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, v. 32, n. 115, pp. 79-98, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. Pruebas civiles y pruebas penales. **Estudios de derecho procesal**. vol. II. Trad. Santiago Sentis Melendo. Chile: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1970.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. Mota Coqueiro: O Erro em Torno do Erro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 33/2001, p. 261 – 274, jan - mar / 2001.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Questão-de-facto, questão-de-direito, ou, o problema metodológico da juridicidade:** ensaio de uma reposição crítica, Coimbra: Almedina, 1967.

CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky. Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos. **Av. Psicol. Latinoam**., Bogotá, v. 38, n. 1, p. 172-188, 2020.

CHHABLANI, Sanjay K. Beyond Brady: An Eighth Amendment Right to Discovery in Capital Cases. **New York University Review of Law & Social Change**, vol. 38, no. 3, pp. 423-436, 2014.

CHIAVARIO, Mario. Art. 6 – Diritto ad un processo giusto, in Bartole, Conforti e Raimondi (org.), **Commentario ala Convenzione Eropea per la Tutela dei Diritti dell'umo e dele Libertà Fondamentali**, p. 238. Milão: Cedam, 2001.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965.

CLEMENTINO, Marco Bruno M. Princípios da Inovação Judicial. In: LUNARDI, Fabrício; CLEMENTINO, Marco B. M (coords.). **Inovação judicial:** fundamentos e práticas para uma jurisdição de alto impacto. Brasília: ENFAM, 2021.

CNJ. **Recomendação 128, de 15/2/2022:** Recomenda a adoção do "Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero" no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, p. 48-49. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero-cnj-24-03-2022.pdf Acesso em 23 fev. 2023.

CNJ. **Relatório do Grupo de Trabalho "Reconhecimento de Pessoas"**, p. 133 – 144. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/12/relatorio-final-gt-sobre-o-reconhecimento-de-pessoas-conselho-nacional-de-jusica.pdf Acesso em 23 fev. 2022.

COHEN, L. J. **The probable and the provable**. Oxford: Clarendon Press, 1977.

COLLINS, J.M.; JARVIS, J. The wrongful conviction of forensic science, Forensic Sci. **Policy Manag**. An Int. J., 2009.

CORDERO, Franco. **Guida alla Procedura Penale**. Torino: Utet, 1986.

CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**, tomo I. Trad. Jorge Guerrero. Editorial Temis, 2021.

CORREA. Rodrigo Coloma. Los usos de los estándares de prueba: entre umbrales y protótipos. In **Discusiones.** Núm. 18.2, pp. 23 a 57, 2016.

COSTA NETO, José Wellington Bezerra da; COSTA, Leonardo Dantas. A prova emprestada no direito processual brasileiro. **Revista de Processo**, vol. 277/2018, p. 197 – 233. 2018.

COSTA, Eduardo. Ciência processual, ciência procedimental e ciência jurisdicional. **Empório do Direito**. Disponível em: http://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-8-ciencia-processual-ciencia-procedimental-e-ciencia-jurisdicional-por-eduardo-jose-da-fonseca-costa. Acesso em 26 dez. 2021.

COSTA, Eduardo. **Levando a imparcialidade a sério.** Proposta de um modelo interseccional entre o direito processual, economia e psicologia. Salvador: Juspodium, 2018.

COURA, Alexandre de Castro; CERQUEIRA, Maira Ramos. A revisão criminal e a (im)possibilidade da existência de uma única verdade no processo penal: uma análise à luz da teoria de Karl Raimund Popper. **Revista dos Tribunais**, vol. 1039/2022, p. 345-362, São Paulo, 2022.

CUNHA MARTINS, Rui. O ponto cego do direito: the Brazilian lessons. São Paulo: Atlas. 2013.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 233, p. 65- 84, jul. 2014.

CUNHA. Leonardo Carneiro da; TERCEIRO NETO, João Otávio. Recurso especial e interpretação do contrato. **Revista de Processo**, v. 275, p. 257-270, 2018.

DAHLMAN, Cristian. Unacceptable Generalizations in Arguments on Legal Evidence, Journal: **Argumentation**, 31, pp 83-99, 2016.

DAMÁSIO, António. **O erro de Descartes.** Emoção, razão e o cérebro humano. Companhia das Letras. Kindle.

DAMÁSIO, Antônio. **Sentir y saber:** el caminho de la consciência. trad. Joandomènec Ros Barcelona: Ediciones Destino, 2021.

DAMASKA, Mirjan. **Evaluation of Evidence** (ASCL Studies in Comparative Law). Cambridge: Cambridge University Press, Edição do Kindle, 2019.

DAMASKA. Mirjan. **El derecho probatório a la deriva.**Trad. Joan Picó i Junoy. Madrid: Marcial Pons. 2015.

DAVID. Tiago Bitencourt; BELUCCI, Gustavo H. Pacheco. Standards probatórios e tutelas de urgência. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, a. 16, v. 23. n. 2. pp. 1288-1309, 2022.

DEI VECCHI, Diego. Estándares de suficiencia probatoria, moralidad política y costos de error: el núcleo inconsistente de la epistemología jurídica de Larry Laudan. Doxa. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, 43, pp. 397-426. 2020.

DEI VECCHI, Diego. La prueba judicial como conocimiento: una caracterización poco persuasiva .**Debatiendo con Taruffo**. Madrid: Marcial Pons. 2016.

DEI VECCHI, Diego. **Los confines pragmáticos del razonamiento probatório**. Lima: Zela, 2020.

DEKKER, Sidney. Prosecuting professional mistake: Secondary victimization and a research agenda for criminology. **Int. J. Crim. Justice Sci.** 4, 2009.

DEKKER, Sidney. The criminalization of human error in aviation and healthcare: A review. **Safety Science**, 49(2), 121–127, 2011.

DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. Streck, Fonseca Costa, Kahneman e Tversky: todos contra o ativismo judicial probatório de Michele Taruffo. **Revista de Processo (RePro),** 255, 2016.

DELLEPIANE, Antônio. **Nova teoria da prova**. Tradução Érico Maciel. São Paulo: Editora

Minelli. 2004.

DEWEY, John. **Logic:** The Theory of Inquiry. New York: Henry Holt, 1938.

DOBSON, Mark. **Right to Discovery Defense Evidence v. the Need for Confidentiality in Sexual Abuse Cases**, The (85-1347)." Preview of United States Supreme Court Cases, vol. 6. pp. 155-157. 1986.

DOTTI, Renê Ariel. O caso dos irmãos Naves. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** | vol. 8/1994 | p. 184 - 197 | Out - Dez / 1994.

DOTTI, Renê Ariel. O crime do Sacopã. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 16/1996, p. 326-342, out-dez/1996.

DOYLE, James. Innocence and Prevention: Could we Build Justice Safety Centers?. **The Wrongful Conviction Law Review**, p. 253-269, 2020.

DOYLE, James. Learning from error in American Criminal Justice. **The Journal of Criminal Law and Criminology**, 100, p. 109-148, 2010.

DROR, Itiel & THOMAS, Robin. The cognitive neuroscience laboratory: a framework for the science of mind. In: Christina E. Erneling & David Martel Johnson (eds.), **The Mind as a Scientific Object:** Between Brain and Culture. Oup Usa, 2005.

DROR, Itiel; CHARLTON, David; PÉRON, Ailsa. Contextual Information Renders Experts Vulnerable to Making Erroneous Identifications. **Forensic science international**, 156,p. 74-8, 2006.

DUCE, Maurício. **Errores del sistema y condena de inocentes:** nuevos desafíos para nuestra justicia penal acusatoria. In El modelo adversarial em Chile: ponencias sobre su implementación en la reforma procesal penal. El modelo adversarial en Chile: ponencias sobre su implementación en la reforma procesal penal. Santiago: Lagal Publishing, 2013.

DUCE, Mauricio. La corrección de condenas erróneas en el ámbito comparado: análisis de algunos ejemplos para alimentar el debate en Chile. **Revista Brasileira De Direito Processual Penal**, vol 8, 2022.

DUCE, Mauricio; FINDLEY , Keith A. Editorial of dossier “Wrongful convictions and prosecutions: current status, causes, correction and reparation mechanisms” - Wrongful convictions and prosecutions: an introductory overview. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 8, n. 2, p. 523-566, mai./ago, 2022.

ECHANDIA. Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial**. Buenos Aires: V.P. de Zavalía, 1976.

ENFAM. Diretrizes pedagógicas da ENFAM para formação e aperfeiçoamento de magistrados, p. 7. Disponível em https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2017/12/Res_7_Enfam_2017_Diretrizes_Pedagogicas_Enfam-_Texto_-Principal.pdf Acesso em 23 fev. 2023.

ENFAM. **Resolução Enfam nº 2/2016**, Anexo II, p. 20. Disponível em https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/102269/Res_2_2016_enfam_Atualizado2.pdf Acesso em 25 fev. 2023.

ERICSSON. K Anders. **Approaches to the empirical study of expertise:** Some general issues and considerations. In 12th Annual Conference. C.S.S. Pod. Psychology Press, 1990.

EYHERABIDE, Santiago. La relación entre la práctica de los sistemas penales y la determinación de los estándares de prueba. In Quaestio facti. **Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio**, N. 2 | 2021, pp. 185-223, Madrid, 2021.

EYSENCK, Michael W; Keane, Mark T. **Manual de psicologia cognitiva**. trad: Luís Fernando Marques Dorvillé, Sandra Maria Mallmann da Rosa. Porto Alegre: Artmed, 2017.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Fatos notórios e máximas de experiência. **Revista forense**. v. 100, n. 376, p. 3-10, 2004.

FAGUNDES, Cristiane D. T.; ALI, Anwar Mohamad. Fundamentação das decisões judiciais segundo a jurisprudência dos tribunais pátrios. **Revista de Processo**, vol. 329/2022, p. 47-66, 2022.

FANTL, Jeremy. Entitlement and Misleading Evidence. **Philosophy and Phenomenological Research**, p. 1-19. 2022.

FAZANARO, Renato Vaquelli. **Os indícios e a prova indiciária no direito processual:** um estudo necessário. São Paulo: Editora Juspodvm, 2022.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**, 4 ed., São Paulo: RT, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** teoria do garantismo penal. Trad.Ana Paula Zomer Sica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio L.; TRINDADE, André K. **Garantismo Hermenêutica e Neo Constitucionalismo:** Um Debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre, 2012.

FERRAJOLI. Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In: FERRAJOLI. Luigi. **Garantismo hermenêutica e neo constitucionalismo:** Um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAREZE FILHO, Paulo. **Decisão judicial e narratividade:** um olhar para os fatos a partir da teoria narrativista do direito de José Calvo González. Tese de Doutorado defendida perante a Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2017.

FERREIRA, Joaquin. Enseñanza de razonamiento clínico a residentes de Medicina Interna mediante un modelo de aprendizaje basado en casos. **Educación Médica**, 20, 2018.

FERRER BELTRÁN, Jordi. Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales. **Isonomía - Revista de teoría y filosofía del Derecho**, n.º 34, 2011.

FERRER BELTRÁN, Jordi. Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales. **Jueces para la democracia**, nº 47, pp. 27-34, 2003.

FERRER BELTRAN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

FERRER BELTRÁN, Jordi. Prolegómenos para uma teoría sobre los estándares de prueba. El *test case* de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea. In: PAPAYANNIS, Diego et al. (eds.). **Filosofía del derecho privado.** Madrid: Marcial Pons, 2018.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba sin convicción:** estándares de prueba y debido proceso. Madrid: Marcial Pons, 2021.

FERRER BELTRÁN, Jordi. Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia. **Revista De La Maestría En Derecho Procesal**, 4(1), 2010.

FISCHHOFF, B. Debiasing. In: D. Kahneman, P. Slavic, & A. Tversky (Eds.). **Judgment under uncertainty:** Heuristics and biases. pp. 422 – 444. New York: Cambridge University Press, 1982.

FLORIAN, Eugenio. Le due prove. **Rivista di dritto processuale civile**. vol. III, parte I. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1926.

FOLLE, Francis Perondi. A prova sem urgência no direito norte-americano: um exame do instituto da discovery. **Revista de Processo**, vol. 204/2012, p. 131-152, 2012.

FONG, Geoffrey; KRANTZ, David; NISBETT, Richard. The effects of statistical training on thinking about everyday problems. **Cognitive Psychology**, v. 18, n. 3. Volume 18, Issue 3, pp. 253-292, 1986.

FONSÊCA. Vitor. A fundamentação das decisões judiciais e os direitos humanos: uma interpretação convencional do art. 489, § 1º do CPC a partir da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 16. Volume 23. Número 1, 2022.

FRAIDIN, Matthew I. Decision-Making in Dependency Court: Heuristics, Cognitive Biases, and Accountability." **Cleveland State Law Review**, vol. 60, no. 4, pp. 913-974, 2013.

FRANÇA, V. R. V. Teoria(s) da Comunicação: busca de identidade e de caminhos. **Revista Esc.** Biblioteconomia UFMG, 2023.

FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. Revisão criminal de seu âmbito no direito pátrio – inteligência da locução "sentença condenatória contrária à evidência dos autos". **Doutrinas Essenciais Processo Penal**, vol. 5, p. 965 – 977, São Paulo, 2012.

FRANCO, João Honório de Souza. **Indenização do erro judiciário e prisão indevida.** Tese de doutorado em Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

FRICKER, Elizabeth. Second-hand knowledge. **Philosophy and Phenomenological Research**, 73 (3): 592–618, 2006.

FRIEDLAND. Steven I. On common sense and the evaluation of witness credibility. In **Case Western Reserve Law Review**, Vol. 40, Issue 1, p. 165-226, 1990.

FRIEDLAND. Steven I. On common sense and the evaluation of witness credibility. **Case Western Reserve Law Review**, Vol. 40, Issue 1, p. 165-226, 1990.

FRIEDMAN, Marilyn J. Discovery and Administrative Due Process: A Balance Between na Accused's Right to Discovery and Administrative Efficiency." **Hastings Constitutional Law Quarterly**, vol. 8, no. 3, p. 645-670, 1988.

GARDINER, Georgi. Evidentialism and Moral Encroachment. In: MCCAIN, Kevin (ed.). **Believing in Accordance with the Evidence.**Springer Verlag, 2018.

GARGALLO, Andrea Planchadell. La regla de exclusión de la prueba sobre el mal carácter en el proceso penal inglês. In: COLOMER, Juan Luis Gómez (coord..). **Prueba e poceso penal**, p. 233-261.Valencia: Tirant lo blach,2008.

GARRETT, Brandon, GARDNER, Brett, MURPHY, Evan, GRIMES, Patrick. **Judges and Forensic Science Education:** A National Survey. Forensic Science International, 321, 2021.

GARRETT. Brandon. **Convicting the Innocent:** Where Criminal Prosecutions Go Wrong. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

GARRETT, Brandon.Judging innocence, **Columbia Law Rev.** 108, 2008.

GARRETT, Brandon. Towards an International Right to Claim Innocence. **California Law Review**, v. 105. p. 1173-1221, 2017.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos en el derecho:** bases argumentales de la prueba. Madrid, Marcial Pons, 2010.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. **Doxa:Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 28. pp. 127-139, 2005.

GIL, Fernando. **Modos da verdade** (entrevista conduzida por Rui Cunha Martins), Separata da Revista de História das Ideias da Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, vol 23, Coimbra, 2002.

GINSBURG, Douglas H.; HUNT, Hyland. The prosecutor and post-conviction claims of innocence: DNA and beyond?, **Ohio. ST. J. Crim. L**, 771, 2010.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 117, 2015.

GOLDSTEIN, E. Bruce. **Cognitive Psychology:** connecting mind, research, and everyday experience. Wadsworth: Cengage Learning, 2011.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais.**São Paulo: Revista

dos Tribunais, 2013.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães**. Notas sobre a terminologia da prova** (reflexos no processo penal brasileiro). Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ Ed., 2005.

GOMEZ, Miguel Enrique Rojas. **Lecciones de Derecho Procesal**, tomo III, Pruebas Civiles, 2015.

GONZÁLES LAGIER, Daniel. **Presunción de inocencia, verdad y objetividad.** Repositorio Institucional de la Universidad de Alicante, p. 35-36. pdf.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba. **Revista Telemática de Filosofía del Derecho**, 23: 79-97, 2020.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. **Quaestio facti** (ensayos sobre prueba causalidad y acción). Lima : Palestra Editores, 2005.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. **Qué es el "fundherentismo" y qué puede aportar a la teoría de la prueba en el Derecho.** Disponível em https://alicante.academia.edu/DanielGonzalezLagier.

GORPHE, François. **La critique du temoignage**. Paris: Librairie Dalloz, 1924.

GOULD, Jon & CARRANO, Julia & LEO, Richard & HAIL-JARES, Katie. Predicting Erroneous Convictions. **Iowa Law Review**. 99, 2013.

GOULD, Jon B.; LEO, Richard A.. One Hundred Years Later: Wrongful Convictions After a Century of Research, 100, **J. Crim. L. & Criminology**, 825-868, 2010.

GOULD, Jon; CARRANO, Julia; LEO, Richard; HAIL-JARES, Katie. Predicting Erroneous Convictions. **Iowa Law Review**, 99, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRECO, Leonardo. O conceito de prova. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004.

GRECO, Luís. **Poder de julgar sem responsabilidade de julgador:** a impossibilidade jurídica do juiz-robô. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo:** III Série – Estudos e pareceres de processo penal. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GROSS, Samuel R.; SHAFFER, M. **Exonerations in the United States, 1989-2012:** Report by the National Registry of Exonerations. The National Registry of Exonerations, 2012.

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

GUIMARÃES, Rodrigo Régnier Chemim. **Atividade probatória complementar do juiz como ampliação da efetividade do contraditório e da ampla defesa no novo proceso penal brasileiro.** Tese de Doutorado junto à Universidade Federal do Paraná – UFPR,Curitiba, 2015.

HAACK, Susan. "El probabilismo jurídico. Una disensión epistemológica". In VÁZQUEZ C., (ed.), **Estándares de prueba y prueba científica.**Ensayos de epistemología jurídica, Madrid: Marcial Pons, 2013.

HAACK, Susan. **Manifesto de uma moderada apaixonada:** Ensaios contra a moda irracionalista. Trad. Rachel Herdy. Rio de Janeiro: Edições Loyola, 2011.

HAACK, Susan. Of Truth, in Science and in Law. **Brooklyn Law Review**, v. 73, n. 3. pp. 985-1008, 2008.

HADDAD, Carlos H. B. Velho conhecido, nova aplicação: exame de DNA pós-condenação. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 187/2022, p. 95-120, 2022.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido; SANTOS, Victor Hugo Cardoso dos. O déficit de acesso à justiça sob a via das revisões criminais. **Revista de Processo**, vol. 332/2022, p. 385-405, São Paulo, 2022.

HAMER, David A., The Truth Will Out? Incoherence and Skepticism in Foundations of Evidence Law. **Modern Law Review**, Vol. 70, p. 318 - 338, 2007.

HARMON, Talia. Race for Your Life: An Analysis of the Role of Race in Erroneous Capital Convictions. **Criminal Justice Review**. 29. 76-96, 2004.

HASTIE, Redie; DAWES, Robyn M. **Rational Choice in an uncertain world:** The psychology of judgment and decision making. Los Angeles: Sage, 2010.

HERDY, Rachel. CNJ pode dificultar a formação de juízes na tradição racionalista ad prova. **Conjur.** 2021. Disponível em https://www.conjur.com.br/2021-out-22/limite-penal-cnj-dificultar-formacao-juizes-tradicao-racionalista-prova Acesso em 20 fev. 2023.

HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**. Trad. João V. G. Cuter. São Paulo: Marfins Fontes, 2003.

HEUSEL, Wolfgang. The organization of judicial training in Europe. ERA Forum 22, 675–686, 2021.

HOCK LAI, Ho. **A philosophy of evidence law:** justice in the search for truth. Oxford: Oxford University Press, 2008.

HOCK LAI, Ho. The judicial duty to give reasons. **Legal Studies**, vol. 20, no. 1, pp. 42–65, 2000.

HOCK LAI, HO. **The Legal Concept of Evidence.** Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2021 https://plato.stanford.edu/archives/win2021/entries/evidence-legal Acesso 07 fev. 2023.

HOROWITZ, Sophie. Predictably Misleading Evidence. In: SKIPPER, Mattias; STEGLICH-PETERSEN, Asbjørn (eds.). **Higher-Order Evidence:** New Essays, p. 105–123. Oxford: Oxford Academic, 2019.

HUGHES, Emily. Innocence Unmodified. **North Carolina Law Review**, v. 89, 2011.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. **Los hechos en la sentencia penal.** México: Fontamara, 2007.

IBARRA, Sebastián B. Lenguaje, lógica y algunas repercusiones de la (in)definición del *thema probandum.*In Quaestio facti. **Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio**, Vol 4, núm , p. 1-34, 2023.

IPPOLITO, Franco. La formación de los magistrados. **Jueces para la democracia**. n. 50, págs., 21-24, 2004.

JARAMILLO, Luis Bernardo Ruiz. **El derecho constitucional a la prueba e su configuración en el Código General del Proceso colombiano.**Tese de Doutorado apresentada junto a Universitat Rovira I Virgili, 2017.

JEANGUENAT, Amy M.; DROR, Itiel E. Human Factors Effecting Forensic Decision Making: WorkplaceStress and Well-being. **Journal of forensic sciences** 63.1, p. 258–261, 2018.

JEPSON, C.; KRANTZ, D. H., NISBET. R. E. Inductive reasoning: competence or skill? In: NISBETT, R. E. (org.). **Rules for reasoning**, p. 70-89. Hillsdale: L. Erlbaum Associates, 1993.

JESUS, Antônio Velho et al (org.). **Tratado de Computação Forense**. Campinas: Milennium. 2016. p. 2 - 10.

JOHNSON-LAIRD, Philip N., SHAFIR, Eldar. The interaction between reasoning and decision making: an introduction, In **Cognition**, V. 49, n. 2, 1993.

KAHNEMAN, Daniel. **Thinking, fast and slow.** New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011.

KARANIKAS, Nektarios; CHIONIS, Dimitrios; PLIOUTSIAS, Anastasios. **"Old" and "New" Safety Thinking:** Perspectives of Aviation Safety Investigators. Safety Science, 2020.

KHALED JR, Salah H; DIVAN, Gabriel Antinolfi a captura psíquica do juiz e o sentido da atividade probatória no processo penal contemporâneo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 156/2019, p. 395 – 423, 2019.

KHALED JR., Salah H. **Ambição da verdade do processo penal:** uma introdução. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

KHALED JR., Salah H. **A Busca da Verdade no Processo Penal.** Para além da ambição

inquisitorial. Belo Horizonte: Justificando. 2016.

KNIJNIK, Danilo. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório. In: KNIJNIK, Danilo (coord.). **Prova Judiciária:** Estudos sobre o novo Direito Probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 353, p. 15-52, jan.-fev, 2001.

KNIJNIK, Danilo. Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro. São Paulo, 2018.

KUKUCKA, Jeff & DROR, Itiel. **Human Factors in Forensic Science:** Psychological Causes of Bias and Error. pdf.

LACKEY, Jennifer. **Learning from words:** testimony as a source of knowledge. Oxford: Oxford University Press, 2008.

LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**. n. 28, pp. 95-113, 2005.

LAUDAN, Larry. **Truth, Error, and Criminal Law:** An Essay in Legal Epistemology. Cambridge University Press, 2006.

LAZZARI, João Batista; JACOBSEN, Gilson. Formação judiciária no plano constitucional das democracias modernas: princípios e diretrizes a serem observadas na preparação de magistrados. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n.1, 1º quadrimestre de 2020.

LEO, Richard; GOULD, Jon. Studying wrongful convictions: learning from social sciences. **Ohio State Journal of Criminal Law**, v. 7, n. 7, pp. 7-30, 2009.

LEVERICK, F.; CHALMERS, J. Causes of wrongful conviction. In: CHALMERS, J., LEVERICK, F.; Shaw, A. (eds.). **Post-Corroboration Safeguards Review Report of the Academic Expert Group.**The Scottish Government, Edinburgh, pp. 30-43, 2014.

LIGÜERRE, Carlos Gómez. **Juízes na Europa:** formação m selecção, promoção e avaliação. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2014.

LIMARDO, Alan. Repensando las máximas de experiencia. In Qaestio facti. **Revista internacional de razonamiento probatorio**. Num. 2, 2021.

LLEWELLYN, Karl. The Theory of Legal Science.**North Carolina Law Review**, v. 20, n. 1, pp. 1-23, 1941.

LLUCH. Xavier Abel. La valoración de la prueba en el proceso civil. Madrid, 2014.

LOPES JR, Aury. O problema da verdade no processo penal. In: **Verdade e prova no processo penal.** Estudos em homenagem a Michele Taruffo. pp. 63-84. Brasília, 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES, João Batista. Direito à prova à luz do modelo constitucional de processo. **Revista de Processo**, vol. 300/2020, p. 17 – 29. São Paulo, 2020.

LOPES, João Batista. Provas atípicas e efetividade do processo. **Revista Eletrônica de Direito Processual** – REDP. Volume V. pp. 389-402, 2010.

LOPES, José Antônio Mouraz. **A fundamentação da sentença no sistema penal português:** legitimar, diferenciar, simplificar. Coimbra: Almedina, 2019.

LOSANO, Mario G. Sistema e Estrutura no direito, volume II: o Século XX. Trad. Luca Lamberti. –São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

LUPARIA, Luca; GRECO, Chiara. Unveiling wrongful convictions between U.S. and Italy: cross-learning from each other mistakes. **Wrongful Convictions Law Review**, v. 1, n. 1, pp. 101-123, 2020.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito:** uma teoria da argumentação jurídica. Trad: Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Campus, 2008.

MACHADO SEGUNDO, Hugo B. Epistemologia falibilista e teoria do direito. **RIDB - Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, ano 3, nº 1, p. 197 – 260. 2014.

MALEM SEÑA, Jorge F. **El error judicial y la formación de los jueces**. Barcelona, Gedisa, 2008.

MALEM SEÑA, Jorge F.; EZQUIAGA GANUZAS, F. Javier; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. **El error judicial**. La formación de los jueces. Madrid: F.C.J.E, 2009.

MARCHI. Carlos. **Fera de Macabu:** a história e o romance de um condenado à morte. Rio de Janeiro: Record. 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção:** de acordo com o CPC de 2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A Ciência do Direito:** Conceito, Objeto, Método, 2001.

MARRARA, Thiago. Macera, Paulo H. Responsabilidade Civil do Estado por Erro Judiciário: aspectos conceituais, doutrinários e jurisprudenciais. In **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**. ReDAC18, 2015.

MARTINO, Fabio Nunes de. A ocorrência de influências cognitivas no juiz originadas pela participação de assessores no processo decisório. **Revista de Análise Econômica do Direito**, vol. 3, 2022.

MARTINS, Ricardo Cunha. **Prova criminal:** história de um erro judiciário: o caso Joel – o homem errado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MATIDA, Janaína; VIEIRA, Antônio. Para. além do BARD; uma crítica à crescente adoção do standard de proa "para além de toda a dúvida razoável" no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 156, p. 221 – 248, 2019.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. **Revisão Criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MELLERS, Barbara A.; SCHWARTZ, Alan; COOKE Alex. Judgment and decision making. **Annual review of psychology**, n. 49, p. 447-77, 1998.

MENDES, Mário Tavares. A formação inicial e continua de magistrados – uma perspectiva do Centro de Estudos Judiciários de Portugal. **Revista CEJ**, Brasília, n. 24, p. 23-29, 2004.

MENDES, Paulo Sousa. **Causalidade complexa e prova penal.** Coimbra: Almedina.

MENDES, Regina Lúcia Teixeira. **Do Princípio do Livre Convencimento Motivado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MILLER, Colin. The Right to Evidence of Innocence before Pleading Guilty. **UC Davis Law Review**, vol. 53, no. 1. 2019. p. 271-322. Vide, ainda, Para aprofundamento, HALL, John C. **The Constitutional Right to Discovery:** A Question of Fairness. FBI Law Enforcement Bulletin, vol. 57, no. 8, 1988.

MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos. La delimitación del objeto de la controversia en la audiencia previa del juicio ordinario.**Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales**, 20.2, p. 141-172, 2018.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela:** da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019.

MNOOKIN, Jennifer L., The Image of Truth: Photographic Evidence and the Power of Analogy, **Yale Journal of Law & Humanities**, v. 10, Iss. 1. Art. 1, 1998.

MORAES, Maria Alice Silva. Âmbito cognitivo da revisão criminal, quando fundada no art. 621, i, segunda hipótese, do CPP. **Doutrinas Essenciais Processo Penal**, vol. 5, p. 1061-1078, 2012.

MORIN, Edgar. **Introducción al pensamiento complejo**. trad. Marcelo. Pakman, Barcelona: Gedisa, 1998.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Revisão criminal no direito brasileiro.** São Paulo: Atlas, 1994.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NABAIS, Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos.** Coimbra: Almedina. 2009, p. 15-184. Especificamente sobre a relação entre o direito à prova e o dever de colaboração com

a administração da Justiça, veja-se LEE, Youngjae. The state's right to evidence and duties of citizenship. **Philosophical Issues**, 31: 210– 226. 2021.

NAN, Joost; LESTRADE, Sjarai. Towards a European right to claim innocence? **European Papers**, v. 5, n. 3, pp. 1325-1340, 2020.

NARDELLI, Marcella Mascarenhas. **A prova no tribunal do júri**. Uma abordagem racionalista. Rio de Janeiro. 2019.

NARDELLI, Marcella Mascarenhas. O direito à prova e à não autoincriminação em uma perspectiva comparada entre os processos civil e penal. **Revista de Processo** – REPRO, v. 246, 2015.

NAVARRO, José Bonet. **La Prueba en el Proceso civil:** cuestiones fundamentales. Madrid: Difusión jurídica, 2009.

NERES, Winícius Ferraz. A cadeia de custódia dos vestígios digitais sob a ótica da Lei n. 13.964/2019. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 20, n. 56, jan./jun. 2021

NIEVA FENOLL, Jordi. **El sesgo ideológico como causa de recusación.** In La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición. Madrid: Marcial Pons, 2016.

NIEVA FENOLL, Jordi. **La valoración de la prueba**. Madrid. Marcial Pons, 2010.

NISBETT, Richard. E.. Reasoning, abstraction, and the prejucices of 20th-Century Psychology. In: NISBETT, R. E. (org.). **Rules for reasoning**, p. 1-12 . Hillsdale: L. Erlbaum Associates, 1993.

NOGUEIRA, Rafael Fecury Evolução histórica dos sistemas de valoração da prova penal: continuamos evoluindo? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 156/2019, p. 307 – 352, São Paulo, 2019.

NUNES, Dierle; SILVA, Natanael L. S.; PEDRON, Flávio Q. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais:** um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o *debiasing*. Salvador: Juspdium.

NUNES, Guilherme de Paula Nascente. Notas sobre o saneamento compartilhado. In **Direito Probatório**. Coord. Marco Félix Jobim e William Santos Ferreira. Salvador, 2016.

PAIVA, Elky Alexander Villegas. La prueba por indícios y su debida motivacón em el proceso penal. Lima: Gaceta Jurídica, 2019.

PALMA, Maria Fernanda. **Direito Constitucional Penal**, Coimbra, 2006.

PARRO, Fabiana Monteiro. **O erro na ação rescisória.** Dissertação de Mestrado em Direito perante a Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2011.

PASSANANTE, Luca. Motivazione della sentenza e accertamento della verità nel pensiero di Michele Taruffo. **Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal,** Vol. 1 | 2021, p. 75-88. Marcial Pons. Madrid, 2021.

PATRIARCA, Riccardo; DI GRAVIO, Giulio; CIOPONEA, R. & Licu, A. Safety intelligence: Incremental proactive risk management for holistic aviation safety performance. **Safety Science**, 2019.

PEIXOTO, Ravi. Satandards probatórios no direito processual brasileiro. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021.

PENNINGTON, N.; HASTIE, R. Evidence evaluation in complex decision making. **Journal of Personality and Social Psychology**, 51(2), 242 – 258.

PENNINGTON, N.; HASTIE, R. Explanation-based decision making: effects on memory structure on judgement. **Journal of Experimental Psychology,** Learning and Memory and Cognition, 14 (3), p. 521-33, 1988.

PEREIRA, Frederico Valdez. Apontamentos sobre a colaboração premiada na Lei Anticrime. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 174/2020, p. 199 – 254. 2020.

PEREIRA, Patrícia Silva. **Prova Indiciária no âmbito do Processo Penal:** admissibilidade e valoração. Coimbra, 2017.

PEREIRA, Rui Soares. Modelos de Prova. In: MENDES, Paulo Sousa; PEREIRA, Rui Soares (coord.). **Prova penal teórica e prática**, pp. 41-76 Coimbra: Almedina, 2019.

PICÓ I JUNOY, Joan."El derecho a la prueba en el proceso penal. Luces y sombras".In: **Estudios sobre prueba penal Volumen I.** Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y limites. (Dir. ABEL LLUCH, X. y RICHARD GONZÁLEZ, M.),Volumen I, pp 27-83. La Ley, Madrid, 2010.

PICO I JUNOY, Joan. **El derecho a la prueba en el processo civil**. Barcelona: J.M. Bosch Editor. 1996.

POHL, Rüdiger F..Cognitive illusions. In: POHL, Rüdiger F (org.). **Cognitive Illusions:** intringuing phenomena in thinking, judglente and memory. New York, 2017.

PORTER, Stephen; BRINKE, Leanne. (2009). Dangerous decisions: A theoretical framework for understanding how judges assess credibility in the courtroom. Legal and Criminological Psychology. **Legal Criminol Psychol**, 14, p. 119-134. 10.1348/135532508X281520.

POSNER, Richard A., Clinical and Theoretical Approaches to the Teaching of Evidence and Trial Advocacy, **Quinnipiac Law Review**, v. 21. n. 4. pp. 731-739. 2003.

QUEIJO, Maria Elisabetn. **Da revisão criminal:** condições da ação. São Paulo: Malheiros, 1998.

RABELAIS, François. **O Terceiro Livro dos Fatos e Ditos Heróicos do Bom Pantagruel**. Trad. Élide Valarin Oliver, Cotia: Ateliè Editorial; Campinas: Editora da Unicamp. 2006.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad. L. Cabral de Moncada, São Paulo: Saraiva, 1934.

RAMOS, Vitor de Paula. Direito Fundamental à Prova. **Revista de Processo**, vol. 224, p. 41, 2013.

RAMOS, Vitor de Paula. **Prova documental**. Do documento aos documentos. Do suporte à informação. Salvador, 2021.

RAMOS, Vitor de Paula. Prova testemunhal: do subjetivismo ao objetivismo. Do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018

REICHELT, Luís Alberto. **A prova no direito processual civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

REICHELT, Luis Alberto. O direito fundamental à prova e os desafios relativos à sua concretização no novo código de processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, vol. 267/2017, p. 197 – 210. São Paulo, 2017.

RESCHER, Nicholas. **Epistemology.**An introduction to the theory of knowledge. Albany: State University of New York Press, 2003.

REYES, Sebastian Molina. Estándares de prueba y "moral hazard". **Nuevo Derecho**. 11, 15-35, 2015.

RIBEIRO, Gustavo Sampaio A. "No Need to Toss a Coin: Conflicting Scientific Expert Testimonies and Intellectual Due Process." **Law, Probability & Risk**, vol. 12, no. 3-4, pp. 299-348, 2013.

RICCI, Edoardo. Verso um nuovo processo civile? **Rivista di Diritto Processuale**, ano LVIII. Padova:

CEDAM, 2003. p. 211-227)". GRECO, Leonardo. O conceito de prova. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5, 2003-2004.

RICCIO, Vicente; SILVA, Beronalda; GUEDES, Clarissa; MATTOS, Rogério. A Utilização da Prova em Vídeo nas Cortes Brasileiras: um Estudo Exploratório a Partir das Decisões Criminais dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais e São Paulo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** - RBCCRIM v. 118, jan-fev, 2016.

RICHARD LEMPERT, **The New Evidence Scholarship:** Analyzing the Process of Proof, 66 B.U. L. (1986). REV. 439, 439-77.

RIZZELLI, Lucrezia & KASSIN, Saul & GALES, Tammy. The Language of Criminal Confessions: A Corpus Analysis of Confessions Presumed True vs. Proven False. **The Wrongful Conviction Law Review**, 2, p. 205-225, 2021.

ROBBENNOLOT, Jennifer K. Evaluating Juries by Comparison to Judges: A Benchmark for Judging?. **Florida State University Law Review**, v. 32, p. 469-509, 2005.

ROBERTS, Paul; ZUCKERMAN, Adrian. **Criminal Evidence**. Oxford: Oxford University

Press, 2010.

RODRIGUES, Andreia de Castro; SACAU, Ana; RUA, Filipa. O estudo do sentenciar: a importância da análise do processo de decisão penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 138, p. 89-123, 2017.

ROMEIRO, Jorge Alberto. **Elementos de direito penal e processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1978.

ROSITO, Francisco. **Direito probatório**. As máximas de experiência em juízo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal.**Trad. esp. Grabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor, Buenos Aires, 2000.

SALAVERRÍA, Juan Igartua. **El razonamiento em las resoluciones judiciales.**Bogotá: Temis, 2009.

SALAVERRÍA, Juan Igartua. Prolongaciones a partir de laudan. **DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 28, pp. 141-150, 2005.

SALAVERRÍA, Juan Iguartua. **El razonamiento en las resoluciones judiciales**. Bogotá: Temis, 2009.

SAMPAIO JUNIOR, Denis Andrade. **Valoração da prova penal:** O problema do livre convencimento e a necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório. Tese de Doutorado perante a Faculdadede Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2021.

SANCHES, Sydney. Ação rescisória por erro de fato. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**, vol. 7, p. 1189-1222, São Paulo: 2011.

SANGERO, Boaz. Safety from False Convictions. **Criminal Justice Theory Blog**. 2021. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3989119 Acesso em 15 fev. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.

SCHAUER, Frederick. **Profiles, Probabilities and Stereotypes**. Cambridge: Harvard University Press, 2003

SCHAUER, Frederick. In Defense of Rule-Based Evidence Law–and Epistemology Too. **Episteme**, vol. 5, no. 3, p. 295-305, 2008.

SCHILLING, Taís; MÜNCH, Luciane. Inovação a Serviço de um Judiciário transformador: uma perspectiva sistêmica. **ReJuB - Revista Judicial Brasileira**, v. 1, n. 1, p. 11-36. Brasília: ENFAM, 2021.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Quem não chorar no enterro da própria mãe corre o risco de

ser condenado à morte: o (ab)uso de máximas de experiência na valoração e interpretação da prova. In: DIDIER JR, Fredie.**Provas**. pp. 439-458, Salvador: Juspodivm, 2016.

SCHMITZ, Leonard. **Presunções judiciais:** raciocínio probatório por inferências. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 11, 2012.

SENTÍS MELENDO, Santiago. **La prueba:** los grandes temas del derecho probatorio. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1978.

SEREJO, Lourival. Comentários ao código de ética da magistratura nacional. Brasília: ENFAM, 2011.

SEVERANCE, Laurence J.; ELIZABETH F. Loftus. Improving the Ability of Jurors to Comprehend and Apply Criminal Jury Instructions. **Law & Society Review**, vol. 17, n. 1. p. 153-198, 1982.

SILVA, Alexandre Alberto Gonçalves da; SANCHEZ, Pedro Luís Próspero Sanchez. A garantia do direito à prova sob a ótica da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**. São Bernardo do Campo, 2012.

SILVA, Beclaute Oliveira. A garantia fundamental à motivação da decisão judicial. Salvador: Edições Podivm. 2007.

SILVA, Beclaute Oliveira. Contornos da fundamentação no CPC/2015. MARCATO, Ana Cândidada (org.) Reflexões sobre o Código de Processo Civil de 2015. p. 133 e ss.

SILVA, Beclaute Oliveira. Efetividade dos direitos fundamentais: análise lógico-linguística. **Repertório de Jurisprudência IOB**, n. 8, 2008.

SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In Provas. Coord. DIDIER Jr. Fredie. Salvador: Editora Juspodium. 2016.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil:** processo de conhecimento; volume I. São Paulo, 1998.

SILVA, Ronaldo Miguel da. **Epistemologia do Testemunho:** uma análise crítica à tese do reducionismo local. Tese de doutorado junto à Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS, Porto Alegre, 2016.

SMIT, Nadine; MORGAN, Ruth; LAGNADO, David. A systematic analysis of misleading evidence in unsafe rulings in England and Wales. **Science & Justice**, 58, p. 128-137, 2017.

SPERANDIO, Pedro Lube. **A quebra de imparcialidade decorrente dos poderes instrutórios do juiz no processo civil.** Dissertação de Mestrado em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo. Vitória, 2020.

STEELE, Rebecca. Equalizing Access to Evidence: Criminal Defendants and the Stored Communications Act. **Yale Law Journal**, vol. 131, no. 5. pp. 1584-1640, 2022.

STEIN, Alex. Constitutional Evidence Law, 61, **Vanderbilt Law Review,** 127, 2008, p. 120-121. Disponível em: https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol61/iss1/2 Acesso em 04 ago. 2021.

STEIN, Alex. **Foundations of Evidence Law**. Oxford: Oxford University Press. 2005.

STEIN, Alex. The new doctrinalism: implications for evidence theory. **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 163, pp. 2085- 2107, 2015.

STEIN, Alex. The Refoundation of Evidence Law. **Canadian Journal of Law & Jurisprudence**, 9(2), 279-342, 1996.

STEIN, Friedrich. **El conocimiento privado del juez:** investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos processos. Trad. Andres de la Oliva Santos. Bogotá, Temis, 1988.

STEIN, Lilian. SCHMIDT, Sabrina; KRIMBERG, Júlia Schneider. Conhecimento dos magistrados sobre processos de memória nos relatos testemunhais e no reconhecimento de pessoas. **Revista brasileira de ciências criminais**, v. 28, n. 173, p. 201-243, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

STERNBERG. Robert J.; STERNBERG, Karin. **Cognitive Psychology.** Wadsworth: Cengage Learning, 2012.

STRECK, Lênio Luiz. Processo Judicial como Espelho da Realidade? Notas Hermenêuticas à Teoria da Verdade em Michele Taruffo. In Revista Sequência, V. 37, n. 74. pp. 115-136. 2016.

STRIDBECK, Ulf; MAGNUSSEN, Philos Svein. Prevention of Wrongful Convictions: **Norwegian Legal Safeguards and the Criminal Cases Review Commission**. In 80 U. Cin. L. Rev, v. 80, 2013.

SZALAI, Imre Stephen. A Constitutional Right to Discovery - Creating and Reinforcing Due Process Norms through the Procedural Laboratory of Arbitration. **Pepperdine Dispute Resolution Law Journal**, vol. 15, no. 2, pp. 337-376, 2015.

TAMASCELLI, Nicola; PALTRINIERI, Nicola; COZZANI, Valerio. Learning From Major Accidents: A Meta-Learning Perspective. **Safety Science**, 158, 2023.

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil.** Trad. Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TARUFFO, Michele. **A prova**. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. Consideraciones sobre las máximas de la experiência. **Páginas sobre Justicia Civil**. pp. 439-453. Madrid, 2009.

TARUFFO, Michele. Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice.

Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Anno LV, n. 3. p. 665- 695, 2001.

TARUFFO, Michele. Tres observaciones sobre "por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es estándar", de Larry Laudan. Doxa: **Cuadernos de Filosofia del Derecho**, n. 28, pp. 115 – 123, 2005.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade:** o juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor Paula Ramos. São Paulo, 2016.

TARUFFO, Michele. **Verdad, prueba e motivación em la decisión sobre los hechos.**México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013.

TAYLOR, Donald W. Decision making and problem solving. In: MARCH, James G. (org.). **Handbook of organizations.** New York: Routledge, 2013.

TESSARI, Cláudio. A prova como um direito fundamental das partes na busca da verdade judicial caracterizadora do processo justo. In: BITTENCOURT, Denise; BRANDT, Fernanda (coord.). **Direito das famílias e sucessões:** aspectos materiais e processuais. Santa Cruz do Sul: EDUNISC. 2021.

THAYER, James Bradley. **Treatise on Evidence at the Common Law**. Boston: Little, Brown and Company. 1898.

TRENTO, Simone. **As cortes supremas diante da prova.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no Processo Penal Brasileiro.**São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TUZET, Giovanni. Assessment criteria or standards of proof? An effort in clarification. **Artif Intell Law** 28, p. 91–109. 2020.

TUZET, Giovanni. **Filosofía de la prueba jurídica**. Marcial Pons: Madrid, 2021.

TUZET, Giovanni. Sobre la ostensión probatoria. Trad. de Diego Dei Vecchi. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; VÁSQUEZ, Carmen (coord..). **El razonamiento probatorio en el proceso judicial: un encuentro entre diferentes tradiciones**. Madrid: Marcial Pons, 2020.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. Biases in judgments reveal some heuristics of thinking under uncertainty. **Science**, New Series, Vol. 185, No. 4157, sep. 27, 1974.

TWINING, William. **Rethinking Evidence:** Exploratory Essays (2nd ed., Law in Context). Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

TWINING, William. Freedom of Proof and the Reform of Criminal Evidence. **Israel Law Review**, vol. 31, no. Issues 1-3, pp. 439-463, 1997.

TWINING, William. **Rethinking Evidence:** Exploratory Essays (2nd ed., Law in Context). Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

UBERTIS, Giuli. Diritto alla prova nel processo penale e Corte Europea de Diritto del'Uomo, **Rivista de diritto processuale**. 49(2): 489-503, 1994.

UNODOC. **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial**. Escritório Contra Drogas e Crime. Trad. Marlon da Silva Malha, Ariane Emílio Kloth. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008. pdf.

V. DONDI, Angelo. Questioni di efficienza della fase preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettive italiane di riforma). **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.** ano LVII. Milano: Giuffrè, 2003.

VALADARES, André Garcia Leão Reis. A composição do órgão colegiado e seus efeitos na tomada de decisão. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, nº 2, 2018.

VAN DER WESTHUIZEN, J.; TSHABALALA, M.; STANZ, K. Mistakes, Errors and Failures: Their Hidden Potential in Cultural Contexts – The Power of a Professional Culture. In: VANDERHEIDEN, E.; MAYER, CH. (eds.). **Mistakes, Errors and Failures across Cultures**. Springer, 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. **Revista Direito GV**, v. 16, n. 2. 2020.

VÁZQUEZ, Carmen. La división del trabajo cognitivo en la prueba pericial: el juez, las partes, los peritos y las comunidades expertas. **Discusiones**, n. 24, pp. 113 a 140, 2020.

VÁZQUEZ, Carmen. Less probabilism and more about explanationism. **The International Journal of Evidence & Proof**, vol. 23(1-2) 68–74, 2019.

VÁZQUEZ, Carmen. **Prova pericial:** da prova científica à prova pericial. Trad. Vitor de Paula Ramos. Salvador: Juspodivm, 2021.

VÁZQUEZ. Carlos Miranda. **Prueba directa vs. Prueba indirecta (un conflicto inexistente).**Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, 2015.

VOGT, Fernanda Costa. **A cognição do juiz no processo civil.** Flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos. Salvador: Juspodium, 2020.

VUOLO, José Henrique. **Fundamentos da teoria dos erros.** São Paulo: Editora Edgard Blücher Ltda, 2005.

WAGENAAR, Willem A; KOPPEN, P. J. V.; CROMBAG, H. F. M. **Anchored Narratives:** The Psychology of Criminal Evidence. Hemel Hempstead, Hertfordshire: Harvester Wheatsheaf, 1993.

WALTON, Douglas. **Argument Evaluation and Evidence.** Cham: Springer International. Publishing AG, 2015.

WALTON, Douglas; MACAGNO, Fabrizio. Common Knowledge in Legal Reasoning about

Evidence. **International Commentary on Evidence**, volume 3, issue 1, 2005.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. Campinas: Bookseller. 2000.

WIGMORE, John Henry. **The Principles of Judicial Proof** (second ed.). Boston: Little, Brown and Company 1931.

ZAFARONI, Eugênio Raul. Função da Criminologia nas Sociedades Democráticas. **Fascículos de Ciências Penais**, v 2. n 11.1989.

ZOTTIS, Rafael. **Standards de prova e a dúvida razoável no processo penal.**Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.

ZUCKERMAN. Adrian A. S.. La Averiguación de la verdad y el espejismo de proceso inquisitorio. Trad. Edgar Aguilera. In: BELTRAN, Jordi Ferrer; VÁSQUEZ, Carmen (coords.). **El razonamiento probatorio en el proceso judicial:** un encuentro entre diferentes tradiciones. Madrid: Marcial Pons, 2020.