

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL – UFRGS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MARCO EUGÊNIO GROSS

**A PROBABILIDADE NO MODELO DO JUÍZO DE FATO E A SUA INFLUÊNCIA
NO DISCURSO JUSTIFICATIVO DA DECISÃO JUDICIAL**

PORTO ALEGRE

2015

MARCO EUGÊNIO GROSS

**A PROBABILIDADE NO MODELO DO JUÍZO DE FATO E A SUA INFLUÊNCIA
NO DISCURSO JUSTIFICATIVO DA DECISÃO JUDICIAL**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito

Professor Orientador: Dr. Danilo Knijnik

PORTO ALEGRE

2015

RESUMO

A presente tese analisa a maneira como a probabilidade influencia a formação da decisão sobre os fatos (contexto de descobrimento), bem como a motivação acerca dessas decisões (contexto justificativo). Mediante prévia análise da relevância da verdade no processo judicial, demonstra-se também que no terreno processual somente é possível falar em probabilidade, o que implica a ideia de um modelo probabilístico do juízo de fato, cujo núcleo é o módulo da escolha entre as alternativas possíveis. Portanto, são oferecidos critérios para a escolha das alternativas, os quais são denominados como diretrizes probatórias. De outro lado, a fim de que o convencimento do juiz a respeito dos fatos seja o mais racional possível, também é examinada a obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais. Para tanto, é realizada abordagem à luz do Estado Constitucional e, ao final, demonstra-se que a probabilidade igualmente conforma o contexto justificativo, pois faz com que a motivação seja um discurso probatório racional.

Palavras-chave: Verdade. Probabilidade. Contexto de descobrimento. Diretrizes probatórias. Contexto justificativo.

ABSTRACT

This thesis examines how probability influences the fact-finding process (context of discovery) and the motivation about the trial of facts (context of justification). Considering the analysis of the relevance of truth in the judicial process, also in the procedural field only probability is taken into account, which implies the idea of a probabilistic model of factual judgment, whose core is the module of choice among the possible alternatives. Therefore, guidelines are offered for the choice of alternatives, which are called as evidentiary guidelines. On the other hand, in order to achieve the most rational conviction of the trier, mandatory legal motivation is also examined. The approach focuses on the Constitutional State and, in the end, is shown that the probability also conforms the context of justification, in order to make the legal motivation as a rational evidence speech.

Keywords: Truth. Probability. Context of discovery. Evidentiary guidelines. Context of justification.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
PRIMEIRA PARTE: O CONTEXTO DO DESCOBRIMENTO: A ADOÇÃO DA DECISÃO SOBRE OS FATOS	10
1 SOBRE A RELEVÂNCIA DA VERDADE NO ÂMBITO DO PROCESSO ...	10
1.1 A VALORAÇÃO NEGATIVA DA VERDADE	11
1.2 A VALORAÇÃO POSITIVA DA VERDADE	20
1.3 TEORIAS SOBRE A VERDADE	27
1.3.1 A verdade material ou substancial vs. verdade formal ou judicial ..	27
1.3.2 Teoria da verdade como correspondência vs. teoria da verdade como coerência	29
1.4 A VERDADE RELEVANTE NO PROCESSO	33
2 O VALOR PROBABILÍSTICO NO JUÍZO DE FATO	47
2.1 A PROBABILIDADE QUANTITATIVA (MATEMÁTICA OU PASQUALIANA)	54
2.2 “EVIDENTIARY VALUE MODEL”	60
2.3 PROBABILIDADE INDUTIVA OU LÓGICA	66
3 O MODELO PROBABILÍSTICO DO JUÍZO DE FATO E SUA NATUREZA	72
4 A FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO JUDICIAL: CRITÉRIOS PARA A ESCOLHA DAS ALTERNATIVAS (DIRETRIZES PROBATÓRIAS)	90
4.1 A ADMISSIBILIDADE DA PROVA	92
4.1.1 Diretriz normativa de admissibilidade probatória	92
4.1.2 Diretriz epistemológica de admissibilidade probatória	100
4.2 A VALORAÇÃO DA PROVA	102
4.2.1 Diretriz epistemológica de valoração probatória	104
4.2.2 Diretrizes normativas de valoração probatória	106
4.2.3 Diretrizes lógicas de valoração probatória	107
4.3 A ADOÇÃO DA DECISÃO	108
4.3.1 Preponderância de prova	109
4.3.2 Prova acima da dúvida razoável	111
4.3.3 Prova clara e convincente	114
4.3.4 Prova incompatível com qualquer hipótese de inocência	115
SEGUNDA PARTE - O CONTEXTO JUSTIFICATIVO: A MOTIVAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL EM RELAÇÃO AO JUÍZO DE FATO	117
1 OS FUNDAMENTOS E AS FUNÇÕES DA MOTIVAÇÃO JUDICIAL	117
1.1 OS FUNDAMENTOS HISTÓRICOS	117
1.2 OS FUNDAMENTOS CONTEMPORÂNEOS	127
1.3 AS FUNÇÕES DA MOTIVAÇÃO JUDICIAL NO ESTADO CONSTITUCIONAL	133

2 A ARGUMENTAÇÃO E O RACIOCÍNIO JURÍDICO COMO COMPREENSÃO DA MOTIVAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL: O CARÁTER JUSTIFICATIVO DA SENTENÇA	140
3 A SIGNIFICAÇÃO DA MOTIVAÇÃO NO PLANO DOS FATOS: A RELAÇÃO ENTRE PROVA E MOTIVAÇÃO E A MOTIVAÇÃO COMO DISCURSO PROBATÓRIO RACIONAL	154
4 O CONTEÚDO DO DISCURSO PROBATÓRIO RACIONAL	159
CONSIDERAÇÕES FINAIS	172
REFERÊNCIAS	178

INTRODUÇÃO

A análise dos fatos no Direito, e especialmente no âmbito do processo judicial, tem sido deixada à margem pela doutrina.

De fato, Marina Gascón Abellán adverte que “ao olhar as bibliotecas jurídicas, constata-se que a maior parte das preocupações dos juristas tem se centrado nos problemas de interpretação das normas, assumindo – implícita ou explicitamente – que o conhecimento de fatos não estabelece especiais problemas”; logo adiante, porém, adverte: o conhecimento judicial dos fatos “é tão problemático ou mais que o juízo de direito; nele, a discricionariedade do juiz é maior que na interpretação das normas”.¹

Daí a razão da exigência de “um conjunto de categorias e processos técnicos que auxiliem no controle, o quanto possível, dos subjetivismos que incidam na formação do juízo de fato”, mediante “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”.²

Esse, portanto, é o objetivo do presente trabalho: fornecer elementos para que a formação do juízo de fato no processo judicial seja o mais racional possível, evitando-se, por conseguinte, o arbítrio - e isso tudo à luz do elemento “probabilidade” que circunda o processo judicial e está relacionado diretamente com o acerto dos fatos.

A tarefa, evidentemente, não é fácil, sobretudo porque, conforme foi dito, os fatos não têm recebido especial atenção pela doutrina. Nada obstante, é tarefa imprescindível, até mesmo porque, se é verdade que o “fato não é nada sem o direito”³, o contrário também é verdadeiro.

Entretanto, o trabalho não se limita em examinar o processo de reconstrução dos fatos no âmbito do processo, pois a preocupação também se centra na maneira como isso deve ser exteriorizado pelo juiz.

¹ GASCÓN ABELLAN, Marina. **Los hechos en el derecho**: bases argumentales de la prueba. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 174.

² 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, p. 25.

³ FERNÁNDEZ, Sergi Guasch. **El Hecho y el Derecho en la Casación Civil**. Barcelona: Bosch, 1998, p. 580.

A propósito disso, e para bem delimitar o âmbito de pesquisa que será realizada, impõe-se ter presente que há basicamente dois contextos no processo e que servem de estrutura básica para a presente investigação: de um lado, há o contexto do descobrimento (*context of discovery*) – ou raciocínio decisório e, de outro, o contexto justificativo (*context of justification*).

Precisamente, enquanto o raciocínio decisório (*context of discovery*) é o procedimento que conduz para a formulação de uma determinada solução de um problema, o raciocínio justificativo (*context of justification*) tem o intuito de demonstrar a validade de tal solução, justificando-a.⁴ Esses dois polos também são frequentemente tratados, respectivamente, como “motivação-atividade” e como “motivação-documento”.⁵

De qualquer forma, não se pode confundir ambos os contextos, pois “formular uma decisão e expor as razões pela qual esta deveria ser considerada uma boa decisão são atividades diversas”.⁶ Isso não significa, de modo algum, que um contexto não guarde relação com outro, não obstante o posicionamento segundo o qual os motivos do juiz para adotar uma decisão não são racionais, ou em o sendo, são de uma racionalidade distinta e não coincidente com o contexto justificativo (ou motivação-documento).⁷

Essa última noção, contudo, deve ser de imediato abandonada, até mesmo porque colocaria em dúvida o trabalho ora realizado, sendo, ademais, irracional e incompreensível, mormente porque não há lógica em se sustentar que se descobriu a veracidade de uma hipótese fática sem oferecer qualquer razão (fundamento) para tanto.⁸

Entretanto, isso tudo também não significa a inexistência de um íntimo nexos entre o contexto de descobrimento e o contexto justificativo. Com efeito, se “é verdade que se pode decidir sem motivação, não é concebível um discurso justificativo desatado de uma decisão judicial. A autonomia do *quomodo* coexiste com a acessoriedade do *an*”. Há, portanto, uma vinculação entre os dois contextos,

⁴ TARUFFO, Michele. **La Motivazione della Sentenza Civile**. Padova: Cedam, 1975, p. 214.

⁵ GASCÓN ABELLAN, Marina. **Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba**. Op. cit. p. 184.

⁶ TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. In: **Revista de Processo**, ano 32, n. 143, jan. 2007, p.75.

⁷ GASCÓN ABELLAN, Marina. **Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba**. Op. cit. p. 185.

⁸ Ibidem.

sendo que o discurso justificativo, necessariamente, deve se adequar a um modelo pré-determinado como um ponto de partida.⁹ Em síntese: o raciocínio justificativo tem o objetivo de *justificar as razões pelas quais se escolheu uma determinada hipótese e a sua validade no contexto decisório*.

Portanto, um trabalho que se propõe a analisar a maneira como os fatos são reconstruídos no processo judicial pelo julgador, com a participação das partes, não pode prescindir do exame do modo como a decisão a respeito é exteriorizada, ou mais especificamente, justificada.

Daí a razão pela qual o trabalho se encontra dividido em duas grandes partes. Na primeira, é analisado o “contexto do descobrimento”, ou seja, o processo de adoção da decisão sobre os fatos. Em especial, porque diretamente relacionado com a decisão em si, analisa-se o papel da “verdade” no processo judicial. Assim pretende-se, inicialmente, verificar se a verdade é relevante no processo e, caso positivo, qual é a verdade relevante.

Estabelecido isso, analisa-se a maneira como a probabilidade (que não é algo paradoxal à verdade, conforme será visto) conforma o juízo de fato. Nesta parte do trabalho, em que a tese propriamente dita começa a ser formulada, demonstra-se sobretudo que a ideia central é o da escolha das alternativas possíveis, o que dá ensejo, conseqüentemente, a diretrizes probatórias, tema com o qual o trabalho se ocupa na etapa final da primeira parte.

Na segunda parte do trabalho, é examinado justamente o “contexto justificativo”. Entretanto, deve ser ressaltado que o trabalho realiza um corte objetivo, na medida em que o que se analisa é unicamente a motivação fática. A razão, aliás, é simples: não há nenhuma regra específica sobre a maneira como deve ser realizada a motivação em relação aos fatos. Com efeito, o art. 131, do Código de Processo Civil vigente se limita a referir que o juiz “deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”, enquanto que o art. 458, II, do mesmo diploma legal, apenas refere como sendo um dos requisitos da sentença “os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato (...)”. O art. 489 do novo CPC, não obstante ser mais analítico em relação à obrigatoriedade de motivação,

⁹ AMODIO, Ennio. Motivazione della sentenza penale. In: **Enciclopedia del Diritto**, Milano: Giuffrè, v. XXVII, 1977, p.197 e 217.

nada assevera sobre o modo como deve ocorrer a motivação dos fatos.¹⁰ Assim, a segunda parte pretende esclarecer a maneira como deve ocorrer a justificação a respeito das escolhas procedidas na adoção da decisão.

Para tanto, são analisados, primeiramente, os fundamentos históricos da motivação judicial bem como os contemporâneos, sendo que ambos possuem vinculação direta com as funções desempenhadas pela motivação, o que também será objeto de exame específico.

Em seguida, a atenção é voltada para a análise argumentativa da sentença e especialmente para seu caráter justificativo. Definidos esses parâmetros, que são essenciais para a compreensão da relação entre prova e motivação, pretende-se caracterizar, também com base na probabilidade, a motivação como um discurso probatório racional.

Finalmente, e fazendo relação direta com o que foi desenvolvido na primeira parte do trabalho, é examinado o conteúdo da motivação, a fim de que se apresente como um discurso probatório racional.

¹⁰ Em ambas as partes do trabalho, sempre que necessário, serão realizadas as devidas menções e comparações com a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, e que institui o novo Código de Processo Civil.

PRIMEIRA PARTE

O CONTEXTO DO DESCOBRIMENTO: A ADOÇÃO DA DECISÃO SOBRE OS FATOS

1 SOBRE A RELEVÂNCIA DA VERDADE NO ÂMBITO DO PROCESSO

De acordo com Salvatore Patti, “o princípio do livre convencimento do juiz em conexão com a valoração da prova representa certamente um dos temas centrais do processo e, ao mesmo tempo, um dos principais do ordenamento jurídico”.¹¹ Se é assim, não se pode desconsiderar, por conseguinte, que o tema que envolve a “verdade” também é importante, pois isso está conectado com o livre convencimento do juiz, independentemente do grau de relevância que se dê para a verdade no âmbito processual.¹² Além do mais, verdade e prova possuem íntima relação, sobretudo em razão da constatação básica de que a “prova é um conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à *verdade* quanto aos fatos relevantes para o julgamento”.¹³

Assim, para a completa compreensão da formação da convicção do juiz, impõe-se justamente a análise do tema que envolve a relevância da verdade no processo, inclusive sob a ótica daqueles que entendem que ela (a verdade) é prescindível. Ou seja, para se obter a exata dimensão do modo como se forma o convencimento do juiz, deve ser estabelecido, primeiramente, o grau de relevância que a verdade possui no âmbito do processo.

¹¹ PATTI, Salvatore. Libero convincimento e valutazione delle prove. In: **Rivista di Diritto Processuale**, anno XL, lug./sett. 1985, p. 481.

¹² Massimo Nobili, ao dissertar sobre a “liberdade de convencimento e métodos probatórios”, refere que, de regra, há duas maneiras absolutamente incompatíveis de conceber o princípio do livre convencimento motivado: na primeira, a descoberta da verdade se mostra imprescindível; na segunda, o que vale não é somente a descoberta da verdade, devendo-se prestar a devida atenção para que o procedimento seja conduzido segundo um rito ordenado, com a observância de regras (NOBILI, Massimo. **Il Principio del Libero Convincimento del Giudice**. Milano: Giuffrè, 1974, p. 23-24).

¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, V. III, p.42. Essa relação é analisada de modo mais específico no item 1.2, *infra*.

1.1 A VALORAÇÃO NEGATIVA DA VERDADE

Num primeiro momento, pode-se perceber que a valoração negativa da verdade está ligada a controvérsias epistemológicas que, invariavelmente, refletem-se no processo.

Com efeito, não há como deixar de fazer referência ao fenômeno definido, sob o ponto de vista epistêmico, como “veriphobia”¹⁴, que nada mais é do que uma vertente representativa daqueles que *efetivamente desprezam algum valor positivo da verdade*; noutros termos, os verifóbicos não fazem referência a uma crença verdadeira ou falsa, mas somente a uma “crença comum” (“plain belief”).¹⁵

A propósito, Alvin Goldman aponta seis objeções típicas dos verifóbicos: (i) não há verdade ou, se esta é existente, ela se confunde com aquilo que acreditamos; ou seja, aquilo que é chamado de verdade, na realidade, é produto de uma construção social; (ii) conhecimento, realidade e verdade são produtos da linguagem, inexistindo realidade independentemente da linguagem que pode fazer nossos pensamentos verdadeiros ou falsos; (iii) acaso existir verdade, ela é inacessível ao ser humano; (iv) não há posições epistêmicas privilegiadas e tampouco fundamentos para a crença; assim, os julgamentos são procedidos com base em meras convenções ou jogo de linguagens; (v) os apelos à verdade são meros instrumentos de dominação ou repressão que devem ser substituídos por práticas com progressivo valor social; (vi) a verdade não pode ser obtida porque toda a orientação prática da verdade sofre distorções políticas ou em razão de autointeresse.¹⁶ Afirma, ainda, que há “três tipos de possibilidades de erros que são proeminentes na literatura cética: (1) a falibilidade de nossas faculdades cognitivas,

¹⁴ A expressão é de GOLDMAN, Alvin I. **Knowledge in a Social World**. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 7. Ainda sobre isso, ver TARUFFO, Michele. **La Semplice Verità: il giudice e la costruzione dei fatti**. Roma: Laterza, 2009, p. 76, bem como PINTAÚDE, Gabriel. Acerca da verifobia processual. In: MITIDIÉRO, Daniel; RIZZO AMARAL, Guilherme (Coord.). **Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 188-198.

¹⁵ GOLDMAN, Alvin I. **Knowledge in a Social World**. Op. cit., p. 07. Em sentido análogo, Susan Haack faz menção aos “New Cynics”, os quais “were unanimous in insisting that the supposed ideal of honest inquiry, respect for evidence, concern for truth, is a kind of illusion (...)” (HAACK, Susan. **Defending Science – within reason: between scientism and cynicism**. Amherst: Prometheus Books, 2007, p. 20)

¹⁶ GOLDMAN, Alvin I. **Knowledge in a Social World**, p. 10.

(2) a relação entre o pensamento e os objetos da cognição e (3) a relação lógica entre hipótese e evidência”.¹⁷

Em sentido aproximado (e de maneira mais objetiva e resumida), William Twining identifica três tipos de “ceticismos filosóficos”: (a) *ceticismo epistêmico*, o qual *nega* a possibilidade de qualquer *tipo de conhecimento*; (b) *ceticismo ético* ou *subjetivo*, que sustenta que os julgamentos de valores são meramente uma questão de *preferência individual ou são totalmente relativos ao tempo, lugar ou circunstância*; e (c) *irracionalismo*, no sentido de que o ceticismo diz *respeito a qualquer possibilidade de raciocínio objetivamente válido*.¹⁸

Algumas dessas objeções epistêmicas, conforme já se adiantou, refletem-se no processo, ainda que com certas variações. Por exemplo, há quem afirme que efetivamente a verdade deve ser vista dentro de determinado contexto cultural em que inserida. Desse modo, se um juiz “pré-copérnico” aplicasse a máxima de experiência de que o sol gira ao redor da Terra, a decisão por ele proferida deveria ser considerada verdadeira e justa, justamente porque, *naquele momento, todos estavam convencidos que efetivamente o sol girava em torno da Terra*.¹⁹

Também o realismo jurídico norte-americano pode ser associado a essas objeções, sobretudo em sua concepção forte, que implica “um ceticismo radical quanto ao conhecimento dos fatos no processo”²⁰, de modo que, ao fim e ao cabo, segundo essa corrente, a verdade seria inacessível ao conhecimento humano, principalmente em um procedimento judicial. Com efeito, Joseph C. Hutcheson Jr., que era um dos integrantes deste movimento,²¹ em clássico artigo formulado no ano de 1929, já apontava que o julgamento realizado pelo juiz era eminentemente intuitivo: “nenhum raciocínio”, disse na oportunidade o autor, “aplicado às razões práticas é realmente efetivo senão motivado por algum impulso”.²² Afinal, conforme a própria experiência de Hutcheson demonstrou, após “acessar todo o material disponível, e depois de refletir cuidadosamente sobre ele”, basta deixar a

¹⁷ Idem, **Epistemology and Cognition**. London: Harvard University Press, 1986, p. 31.

¹⁸ TWINING, William. Some scepticism about some scepticism. In: **Rethinking Evidence: exploratory essays**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 106.

¹⁹ A posição é adotada por CAVALLONE, Bruno. In defesa della *veriphobia* (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo). In: **Rivista di Diritto Processuale**, anno LXV, n. 1, genn./febb. 2010, p. 09-10.

²⁰ TARUFFO, Michele. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Milano: Giuffrè, 1992, p. 15.

²¹ BURRUS, Bernie R. American Legal Realism. In: **Howard Law Journal**, v. 08, 1962, p. 41.

²² HUTCHESON JR, Joseph C. The judgment intuitive: the function of the “hunch” in judicial decision. In: **South Texas Law Review**, v. 39, 1997-1998, p. 901. O artigo foi originariamente publicado na *Cornel Law Review*, v. 14, em 1929.

“imaginação funcionar e, deixando amadurecer a causa”, deve-se aguardar “um sentimento, uma intuição”.²³

Já a noção central da tese de Jerome Frank, igualmente apontado como um dos expoentes dessa corrente jusfilosófica²⁴, era da “inacessibilidade de fato, isto é, os obstáculos, alguns inevitáveis, outros evitáveis, para alcançar objetivamente verdadeiros julgamentos sobre eventos passados e prever o que os tribunais vão encontrar acerca dos fatos”.²⁵ Conforme essa ideia, “judicial opinions” eram meras “racionalizações” alheias à realidade do “decision-making”.²⁶

Jerome Frank, efetivamente, admite ser um “fact-skeptics”, sobretudo porque a sua experiência demonstra que a averiguação dos fatos pelo juízo é “o ponto fraco da administração da justiça”.²⁷ Afinal, segundo ele, não se pode perder de vista que os fatos, como eles efetivamente ocorreram, são duplamente “refratados” no processo: primeiro, pelas testemunhas e, segundo, por aqueles que são responsáveis pela averiguação do fato. Acrescenta, ainda, que o fato, no âmbito judicial, não é algo dado, pronto, “ready-made”, sendo, por isso, na realidade, “produzido” pelas cortes jurisdicionais *com base nas reações subjetivas das testemunhas*.²⁸ Daí a razão pela qual os fatos, para o juiz, seriam uma questão de “opinião” e não de “conhecimento”.²⁹

O ceticismo fático de Jerome Frank fica ainda mais evidenciado a partir de sua constatação de que, se dois historiadores não tratam da mesma maneira os fatos idênticos averiguados, seja porque a imaginação criativa que lhes permite extrair o singular do caso varia, seja porque eles não possuem as mesmas ideias relativas à importância dos motivos que determinaram as condutas humanas, não haveria razão para não se pensar que o mesmo ocorre com os julgadores.³⁰

A valoração negativa da verdade, porém, vai além.

²³ HUTCHESON JR, Joseph C. The judgment intuitive: the function of the “hunch” in judicial decision. Op. cit. p. 893.

²⁴ Conforme, 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, p. 11.

²⁵ TWINING, William. Some scepticism about some scepticism. In: **Rethinking Evidence: exploratory essays**. Op. cit., p. 116.

²⁶ VERDUN-JONES, Simon N. The jurisprudence of Jerome N. Frank: a study in american legal realism. In: **Sidney Law Review**, 1973-1976, p. 182.

²⁷ FRANK, Jerome. **Courts on Trial: myth and reality in American Justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 74.

²⁸ Ibidem, p. 22-24.

²⁹ FRANK, Jerome. Say it with music. In: **Harvard Law Review**, v. 61, jun. 1948, p. 923.

³⁰ FRANK, Jerome. Say it with music. Op. cit. p. 945.

Com efeito, de um lado, aponta-se que, tanto no *civil law* como no *common law*³¹, o objetivo principal do processo e, sobretudo da administração da justiça, é somente resolver os conflitos entre as partes.³² Entende-se, assim, que não é realmente necessário estabelecer a verdade dos fatos, até mesmo porque o que se busca, ao fim e ao cabo, é a resolução do interesse da parte.³³ Afinal, a controvérsia pode ser resolvida de modo eficaz por meio de uma decisão sem qualquer averiguação dos fatos ou do direito, do mesmo modo que a busca pela verdade pode ser totalmente prescindível no que toca ao êxito da resolução do conflito.³⁴

Assim, conforme essa concepção, a procura pela verdade e a resolução do conflito são finalidades diversas e incompatíveis, pois solucionar o litígio significa encontrar os interesses mais satisfatórios para as partes, e eventualmente também para o ambiente social no qual o conflito surgiu, garantindo, assim, valores como a autonomia privada e a paz social. Por isso, nesse âmbito, a procura pela verdade

³¹ Deve ser destacado, contudo, que ao se cotejar os modelos *civil law* e *common law*, deve haver prudência. Isso porque, ao se comparar os sistemas, pelo menos de um modo horizontal, deve-se levar em conta as realidades e particularidades de cada um (DENTI, Vittorio. Diritto comparato e scienza del processo. In: **Rivista di Diritto Processuale**, v. 34, 1979, p. 348). Além disso, não é possível realizar, de modo amplo e genérico, uma contraposição radical entre os ordenamentos. Nessa direção, por exemplo, afigura-se “substancialmente inaceitável a equivalência ‘*common law* = oralidade’, e bem assim a equivalência ‘*civil law* = escritura’, à vista da presença ampla da escritura nos processos de *common law* e do amplo espaço que se reserva à oralidade em vários processos de *civil law*”. Além disso, deve-se levar em consideração que, como inclusive é de conhecimento no âmbito jurídico, “dentro do mundo do *civil law*, já há tempo se vão manifestando fortes influências derivadas dos modelos de *common law*, em particular do modelo norte-americano, por uma série de razões históricas, políticas e culturais” (TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. In: **Revista de Processo**, ano 28, n. 110, abr./jun. 2003, p. 144 e 150). De outro lado, basta lembrar das “Federal Rules of Evidence”, vigentes no direito norte-americano, que preveem poderes instrutórios do juiz bem intensos, como, por exemplo, o poder de ordenar de ofício o interrogatório de testemunhas não requeridas pelas partes (TARUFFO, Michele. *Icebergs do common law e civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade*. In: **Revista de Processo**, ano 35, n. 181, mar. 2010, p. 171).

³² A compreensão do processo como instrumento de resolução de conflitos, pelo menos no *civil law*, na sua essência, ao que tudo indica, remonta a noção de “lide”, que, por sua vez, é definida como um *conflito* de interesses regulado pelo direito (CALAMANDREI, Piero. Il concetto di <lide> bel pensiero di Francesco Carnelutti. In: **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano, 1965. v. 1, p. 201). Além disso, no âmbito do *common law*, em que se alude ao sistema adversarial, conforme será demonstrado logo mais, o processo tem a forma de disputa ou conflito. Atualmente, porém, afirma-se corretamente que “a solução de conflitos não é apanágio exclusivo da jurisdição: cotidianamente as pessoas resolvem seus litígios de maneira autocompositiva ou buscando mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos (o exemplo mais notório é a arbitragem), com o que não calha procurar o traço distintivo do ato jurisdicional na sua pretensa vocação para eliminação de uma lide” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIÉRO, Daniel. **Curso de Processo Civil: teoria geral do processo e parte geral do direito processual civil**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 123).

³³ TARUFFO, Michele. **La Prueba**. Traduzido por Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 21. Também sobre o assunto, ver MORELLO, Augusto M. **La Prueba: tendencias modernas**. Buenos Aires: Libreria Editora Platense, 1991, p. 17-18.

³⁴ PINTAÚDE, Gabriel. Acerca da verifobia processual. Op. cit. p. 190.

não é necessária, podendo ser inclusive improdutiva e frequentemente representa uma função estranha para a produção de uma solução prática do conflito.³⁵

A negação da procura pela verdade fica ainda mais evidente se for somada à visão do processo como solução de conflito com a concepção de que o processo é "coisa das partes", sobressaindo, conseqüentemente, ideais como liberdade, autonomia e iniciativa das partes³⁶, que estão diretamente ligados ao processo liberal.³⁷ Ora, essa compreensão, na sua essência, leva em consideração que as partes possuem verdadeiro domínio do processo, dispondo inclusive do objeto da lide e do material de cognição.³⁸ Desse modo, sobretudo diante da restrição dos poderes instrutórios do juiz³⁹, fica fácil vislumbrar a razão pela qual efetivamente a verdade, segundo essa visão, não possui relevância, notadamente porque as partes "estão interessadas em uma solução aceitável da controvérsia", de modo que a sua atenção se centra para a obtenção "da melhor solução (ou seja, a vitória, ou pelo menos o seu compromisso), e não pela procura objetiva da verdade".⁴⁰

A questão, conforme já se pode perceber, encaminha-se para a noção do processo que se funda no princípio dispositivo, que, por sua vez, estaria consubstanciado na proibição (ou pelo menos restrição) à iniciativa probatória do juiz. Essa visão, contudo, além de ser no mínimo controversa⁴¹, apresenta-se

³⁵ TARUFFO, Michele. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Op. cit. p. 17.

³⁶ Ibidem, p. 19.

³⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 44-48.

³⁸ TROCKER, Nicolò. **Processo Civile e Costituzione**: problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974, p. 04.

³⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. In: **Genesis**: Revista de Direito Processual Civil, n. 27, jan./mar. 2003, p. 23.

⁴⁰ TARUFFO, Michele. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Op. cit. p. 19.

⁴¹ Efetivamente, conforme reconhece José Carlos Barbosa Moreira, o termo "princípio dispositivo" é utilizado de maneira genérica, "indiferentemente aplicável a qualquer temática em foco". O autor, contudo, lembra que há distinção, que remonta a doutrina alemã, no sentido de que a "*Dispositionsmaxime* respeita o poder de decidir sobre a instauração do processo, sobre a respectiva subsistência e sobre a delimitação do litígio, ao passo que a *Verhandlungsmaxime* entende com o poder de introduzir no processo a matéria de fato, de decidir sobre a necessidade da respectiva verificação e de tomar a iniciativa desta (...)". Na Itália "se tem às vezes reservado aquela denominação para a diretriz limitadora da iniciativa do órgão judicial em matéria instrutória – *principio della domanda* – para aludir ao poder exclusivo da parte na instauração do processo. Em tal esquema, o nome *principio dispositivo* designa aquilo que os alemães, nos tempos modernos, soem rotular de *Verhandlungsmaxime*. Mas existe quem objete à equiparação e só admita falar de um *principio dispositivo* em sentido processual (ou *impróprio*) como correlato da *Verhandlungsmaxime*, ao passo que, no sentido *material* (ou *próprio*), o *principio dispositivo* indicaria o que na Alemanha se denomina *Dispositionsmaxime*" (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da "divisão do trabalho" entre juiz e partes: aspectos terminológicos. In: **Revista de Processo**, ano 11, n. 41, jan./mar. 1986, p. 07 e 10). A propósito, refere Mauro Cappelletti que "potrà forse sembrare non inopportuno di adottare un'analogia terminologia anche sul piano dei poteri delle parti: così di chiamare

contraditória se for relacionada ao ordenamento *civil law*, no qual se afirma que tem vez o modelo inquisitório⁴², em que, de regra, o juiz é justamente mais ativo,

principio (e processo) dispositivo in senso materiale> o <in senso próprio> quello, con cui si indica l'esistenza di un potere esclusivo dele parti nel chiedere la tutela giurisdizionale e nel fissare l'oggetto del giudizio (il *Dispositionsprinzip* dela dottrina tedesca); e <principio (e processo) dispositivo in senso processuale> o <improprio> quello, con cui si alude invece ad um vincolo del giudice alle iniziative dele parti per ciò che riguarda in genere la tecnica e lo svolgimento interno del processo ed in ispecie la scelta degli strumenti per la formulazione del convincimento giudiciale (la *Verhandlungsmaxime*)” (CAPPELLETTI, Mauro. **La Testimonianza dela Parte nel sistema dell’Oralità**. Milano: Giuffrè, 1962, v. I, p. 357-358). No Brasil, ainda a título de exemplo, há referência de que o “princípio dispositivo em sentido material, também denominado princípio da demanda, diz respeito ao poder exclusivo da parte de pedir a tutela jurisdicional e fixar o objeto material do processo (arts. 2º, 128 e 262, primeira parte)”, enquanto que o “princípio dispositivo em sentido processual concerne em geral à técnica e ao desenvolvimento interno do processo e em especial à escolha dos instrumentos para a formação do convencimento judicial, e significa que, embora as partes continuem tendo papel preponderante na formação da prova, o juiz também intervém nessas esferas, sendo dotado de poderes instrutórios (...) e de impulso processual” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil**. Op. cit. p. 65). Assim, sob essa ótica, é evidente que o princípio dispositivo processual não impõe restrições severas aos poderes instrutórios do juiz. Essa afirmação, ademais, é corroborada ao se analisar o brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*. Aliás, o correto, sobretudo do ponto de vista histórico, sequer é fazer referência ao brocardo como *iudex iudicat secundum allegata et probata partium*, senão como *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*, ou seja, sem a menção à palavra “*partium*” e sem omitir a segunda parte do aforismo (*non secundum conscientiam*). Essa última fórmula tem (grande) relevância no ordenamento jurídico, sobretudo porque destaca os limites cognoscitivos do juiz (*iudex iudicare debet*), devendo-se levar em consideração os fatos conforme foram alegados e provados no processo (*secundum allegata et probata*), sendo vedado qualquer conhecimento privado por parte do julgador (*non secundum conscientiam*). O brocardo, assim compreendido, sequer tem por objetivo indicar a maior ou menor iniciativa probatória do juiz, mas apenas de fazer referência à necessidade de congruência da sentença e à impossibilidade de o juiz se utilizar de seu conhecimento privado (PICÓ I JUNOY, Joan. **El Juez y la Prueba**. Barcelona: José María Bosch, 2007, p. 23-24). Ocorre que, ao longo da História, o brocardo foi transcrito de forma incorreta, pois, originalmente, a doutrina da escola medieval de Bolonha que glosou a obra de Justiniano formulou o brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* (PICÓ I JUNOY, Joan. Op. cit. p. 35-92). Também Knut Wolfgang Nörr demonstra que o brocardo efetivamente expressava principalmente a ideia de que o juiz não poderia utilizar os seus conhecimentos privados, pois havia, na época medieval, a problemática central acerca da distinção daquilo que o juiz poderia conhecer “como juiz” e aquilo que poderia conhecer com base em seus “conhecimentos privados” (NÖRR, Knut Wolfgang. **Zur Stellung des Richter im gelehrten Prozess der Frühzeit: iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat**. München: C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1967, p. 30). De qualquer modo, é evidente que o juiz efetivamente não pode aportar novos fatos principais aos processos (sob pena de ofensa ao princípio da demanda), o que não significa a impossibilidade de ser ativo no que se refere à instrução probatória (Essa análise acerca do brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* também se encontra em GROSS, Marco Eugênio. A colaboração processual como produto do estado constitucional e as suas relações com a segurança jurídica, a verdade e a motivação da sentença. In: Revista de Processo, ano 38, v. 226, 2013, p. 133) Ainda a respeito do princípio dispositivo, LIEBMAN, Enrico Tullio. Fundamento del principio dispositivo. In: **Problemi del Processo Civile**. Napoli: Morano, 1962, p. 03-17; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 93-104; MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Da Iniciativa Probatória do Juiz no Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 13-42.

⁴² TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. Op. cit. p. 144. Também assim DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: **Revista de Processo**, ano 36, n. 198, ago. 2011, p. 216.

possuindo maior iniciativa probatória⁴³, havendo, por conseguinte, maior relevância a busca pela verdade. Assim, se o processo inquisitivo⁴⁴ é típico do ordenamento *civil law*, é evidente que isso se contrapõe à concepção de que o princípio dispositivo impõe passividade do juiz em relação à instrução probatória.

De outro lado, já no modelo *common law*, em que se alude ao “adversary system of litigation”, o processo tem forma de disputa ou competição, em que há verdadeiro conflito entre dois adversários diante de um julgador passivo, cuja principal função é a de decidir⁴⁵, cabendo às partes, portanto, a iniciativa no que se refere à direção do processo e à instrução probatória⁴⁶, de modo que compete aos advogados definir os fatos que estão sujeitos à prova.⁴⁷ Aliás, daí a alusão de que o modelo de processo como resolução de conflito reflete a noção de que as partes possuem “a última palavra no que se refere às questões do processo”, tendo a condição, portanto, de verdadeiras “domini litis”. Essa visão é tão relevante dentro

⁴³ DAMAŠKA, Mirjan R. Presentation of evidence and factfinding precision. In: **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 123, 1974-1975, p. 1090. Em outra obra, o mesmo autor assim refere: “the nonadversarial mode is structure as an official inquiry” (Idem. **The Faces of Justice and State Authority**. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 03).

⁴⁴ Contudo, a própria noção de processo inquisitório ou inquisitivo deve ser vista com ressalvas: com efeito, ser “inquisitivo”, conforme a acepção fundada na história, significa que as partes não podem defender-se, então não existem no *civil law* processos suscetíveis de definir com propriedade como inquisitivos. Se, em vez disso, se quer aludir com esse termo a modelos processuais em que o juiz desempenha papel ativo na direção do procedimento e tem poderes autônomos de iniciativa probatória, então a contraposição de que se trata muda de sentido, mas permanece infundada em larga medida. Basta pensar na amplíssima, longa e importante experiência do ‘processo liberal clássico’, assentado em atuação intensa e onímoda do princípio dispositivo, para perceber que nada foi mais estranho à história do processo civil de *civil law* do que um modelo processual verdadeiramente inquisitivo. Quanto aos poderes instrutórios do juiz, é sabido que ainda hoje os vários sistemas de *civil law* adotam orientações muito diferentes, inclusive em função da diversidade dos procedimentos aplicáveis a matérias específicas (como o processo trabalhista na Itália), de sorte que a afirmação segundo a qual o ‘modelo de *civil law*’ se caracteriza por fortes poderes instrutórios oficiais se mostraria como falsa, e ademais por trás de uma generalização indevida problemas assaz complexos, que encontram, soluções muito diversas nos vários ordenamentos” (TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. Op. cit. p. 145).

⁴⁵ DAMAŠKA, Mirjan R. **The Faces of Justice and State Authority**. Op. cit. p. 03. Daí porque esse mesmo autor, referindo-se à prova testemunhal, afirma que no “adversary model” “the decisionmaker is passive, and informational sources are tapped by two rivals. The information about the facts of the case reaches the adjudicator in the form of two alternating one-sided accounts” (Idem. Presentation of evidence and factfinding precision. Op. cit. p. 1091). Afinal, pelo menos no âmbito norte-americano, “são os advogados, não o juiz, que decidem quais as provas necessárias, e que as produzem, por meio da inquirição de testemunhas e a apresentação de documentos” (CHASE, Oscar G. A “excepcionalidade” americana e o direito processual comparado. In: **Revista de Processo**, ano 28, n. 110, abr./jun. 2003, p. 135).

⁴⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reformas processuais e poderes do juiz. In: **Temas de Direito Processual (Oitava Série)**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 56.

⁴⁷ DAMAŠKA, Mirjan. **Evidence Law Adrift**. New Haven: Yale University, 1997, p. 74.

deste contexto, que se afirma que se as partes não podem mais determinar quais os fatos determinantes, o processo não serve mais ao objetivo de resolver a disputa.⁴⁸

Nessa direção, em que também se faz relação com o princípio dispositivo no sentido de restrição da iniciativa probatória por parte do juiz⁴⁹, a verdade também acaba sendo valorada negativamente, pois se compreende que o “processo *adversary* é estruturalmente inidôneo, e até mesmo contra indicado, para a busca da verdade”.⁵⁰ Afinal, o processo como resolução de conflitos, assim concebido, é indiferente ao que efetivamente ocorreu.⁵¹

De qualquer modo, analisando-se todas essas proposições, pode-se perceber, especificamente no que concerne às objeções epistêmicas acima mencionadas, que se tem, ao fim e ao cabo, verdadeiro *ceticismo cognitivista*, o que, se for estendido ao processo, levará à *negação do próprio direito probatório*, pois, se a verdade não pode ser atingida ou se esta é inexistente, não há qualquer razão para se compreender o fenômeno probatório dentro do processo, notadamente porque este visa, justamente, confrontar as hipóteses fáticas levantadas pelas partes com a realidade, tornando o convencimento do juiz mais racional, evitando-se, por conseguinte, o arbítrio. O mesmo raciocínio pode ser estendido à concepção do processo como simples meio de resolução de conflitos, pois, neste caso, a verdade, de qualquer modo, é irrelevante.

Note-se, portanto, o ponto: sustentar uma posição verifóbica no processo significa, ao fim e ao cabo, *a desconsideração do fenômeno probatório no processo, inclusive sob o ponto de vista histórico, pois a prova sempre esteve ligada à verdade*.⁵² Basta pensar no sistema da prova legal, que em sua vertente mais

⁴⁸ Idem. **The Faces of Justice and State Authority**. Op. cit. p. 94 e 120.

⁴⁹ DIDIER JR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. Op. cit, p. 215.

⁵⁰ TARUFFO, Michele. **La Semplice Verità: il giudice e la costruzione dei fatti**. Op. cit, p. 111. Corrobora essa conclusão a constatação de Mirjan Damaška, no sentido de que, por exemplo, uma das desvantagens do modelo adversarial é que as bases fáticas para a decisão podem restar incompletas. Isso porque, conforme o autor, “it may be in the narrow interest of only one party, or in the common interest of both, *that some items of information which the witness possesses do not reach the adjudicator – even though their relevancy in the quest for the truth is beyond dispute*. Evidence unsupportive of one’s case has no function in the adversary litigation process, nor do matters which the parties decide to leave out of disputation. And, as the witness is limited to answering relatively narrow and precise questions, much information may effectively be kept away from decisionmaker who presumably is responsible for finding the truth within the limits of the charge” (DAMAŠKA, Mirjan R. Presentation of evidence and factfinding precision. Op. cit. p. 1093);

⁵¹ DAMAŠKA, Mirjan R. **The Faces of Justice and State Authority**. Op. cit. 123.

⁵² Conforme é reconhecido por AROCA, Juan Montero. **La Prueba en el Proceso Civil**. 5. ed. Madrid: Thompson Civitas, 2007, p. 44. A variação que existe, de outro lado, é acerca da *acepção*

primitiva estava consubstanciada nos juízos de Deus ou ordálios, no qual, embora a existência de “um enraizado sentimento de superstição mística”⁵³, de forma que meios de provas correspondentes eram considerados “irracionais”,⁵⁴ havia a convicção de que esse era um dos modos mais “legítimos e confiáveis para a descoberta da verdade”.⁵⁵

Entretanto, pode-se ir além: a valoração negativa da verdade também é perigosa porque coloca em dúvida a própria legitimidade da motivação das decisões judiciais. Afinal, sobretudo se for levado em consideração o ceticismo fático proposto por Jerome Frank, a motivação é apenas um falso produto de racionalização de uma decisão que foi tomada por componentes de natureza psicológica.⁵⁶ Portanto, o “apego a esse ceticismo exacerbado traz, como consequência imperiosa, o esvaziamento da importância do dever de motivação racional das decisões judiciais”.⁵⁷

que se toma da verdade *em relação* à prova. Alessandro Giuliani bem explicita isso ao demonstrar, do ponto de vista histórico, a prova como *experimentum*, ligada à verdade material, em que o “caráter demonstrativo do método probatório era assegurado pela assimilação da prova jurídica com aquela lógico-científica”; a prova como *ratio*, vinculada à verdade formal, cujo escopo “não era o conhecimento da verdade objetiva, mas a decisão da lide. A verdade formal elimina as margens do subjetivismo da decisão judicial sobre o fato, substituindo a lógica da informação com uma teoria formal da disputa assumida como modelo da discussão racional”; e, finalmente, prova como *argumentum*, “válida no domínio do contingente, da opinião, da verdade prática” e ligada à persuasão (GIULIANI, Alessandro. Prova (Filosofia Del Diritto). In: **Enciclopedia del Diritto**. Milano: Giuffrè, 1965, v. XXXVII, p. 524-529). Sobre esses paradigmas, ver, ainda, o que é referida mais adiante, *infra*, item 1.4.

⁵³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil**: proposta de um formalismo-valorativo. Op. cit. p. 186.

⁵⁴ WALTER, Gerhard. **La Libre Apreciación de la Prueba** (investigación acerca del significado, las condiciones y limites del libre convencimiento judicial). Traduzido por Tomás Banzhaf. Bogotá: Temis, 1985, p. 48.

⁵⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Op. cit. p. 102. Cumpre destacar, contudo, que o julgamento não era atribuído a Deus, senão ao homem. Afinal, se Deus é onisciente, Ele sabe se o acusado é culpado ou não independentemente de julgamento, de forma que a Divindade não necessita interrogar testemunhas ou mesmo extrair confissões. Desse modo, no sistema das ordálias, as provas não visavam persuadir Deus. Na verdade, a prova era oferecida pela Divindade, a qual, por meio de seu resultado, visava persuadir os juizes humanos. (COHEN, L. Jonathan. Freedom of Proof. In: TWINING, William; STEIN, Alex (eds). **Evidence and Proof**. Aldershot: Dartmouth, 1992, p. 08).

⁵⁶ PASTORE, Baldassare. **Giudizio, Prova, Ragion Pratica**: un approccio ermeneutico. Milano: Giuffrè, 1996, p. 108-109.

⁵⁷ REICHELTL, Luis Alberto. **A Prova no Direito Processual Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 191.

1.2 A VALORAÇÃO POSITIVA DA VERDADE

Assim como a valoração negativa da verdade, a sua valoração *positiva* está ligada a aspectos epistemológicos. A propósito, em primeiro lugar, parte-se de uma constatação básica, mas importante: há um mundo real, o qual, por sua vez, é influenciado pelos seres humanos que dele fazem parte.⁵⁸ Como corolário, se, por um lado, “aqueles aspectos do mundo estudados pelas ciências naturais são independentes de nós”, de outro lado, também é verdade que a “realidade não pode ser definida como independência causal do ser humano”.⁵⁹ Ou seja, *a realidade não é definida a partir do critério de independência da existência das coisas em relação ao ser humano*. Ao contrário, o “real” não contrasta com aquilo que é artificial ou produto da mente, mas com a ficção, com a imaginação. Desse modo, *a característica da realidade reside justamente na independência de como nós acreditamos que ela seja*.⁶⁰

Portanto, a realidade se refere a aspectos do “mundo” (coisas naturais) e a “instituições/construções sociais” (criadas pelo ser humano) – pois, ainda que o segundo tenha sido construído pelo homem, diferentemente do primeiro, ambos existem independentemente de nossas convicções a respeito.⁶¹

Tais questões ligam-se com a investigação e, ao fim e ao cabo, com o próprio processo judicial. De fato, toda a investigação pretende descobrir a verdade, de modo que um “pesquisador genuíno” objetiva alcançá-la, *independentemente de suas convicções pessoais*⁶², bastando, para se compreender isso, ter presente a ideia de que uma proposição somente é verdadeira no caso das coisas serem como

⁵⁸ HAACK, Susan. **Defending Science – within reason**: between scientism and cynicism. Op. cit. p. 123.

⁵⁹ HAACK, Susan. **Defending Science – within reason**: between scientism and cynicism. Op. cit. p. 161.

⁶⁰ Ibidem, p. 162.

⁶¹ Ou seja, conforme Susan Haack, “Social institutions, roles, and rules aren’t like rocks, or even roads, nor are they like mental images, or dreams; but they aren’t fictions or figments, either. Marriage, banking, the fashion industry, the legal system, science – social roles and rules and kinds – wouldn’t exist unless there were human beings and human societies”. E a autora continua: “It is often assumed that ‘real’ is incompatible with ‘social constructed’. But social institutions, roles, and rules are *both* real (how they are doesn’t depend on how you, or I, or any individual believes them to be), *and*, in a weak sense, socially constructed (they are constituted in parte by people’s belief and intentions).” (ibidem, p. 162-163).

⁶² Idem, **Manifesto of a Passionate Moderate**: unfashionable essays. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1998, p. 08 e 11.

ela (a proposição) diz que são.⁶³ No processo judicial, as coisas não se passam de modo muito diferente, pois embora os advogados não possam ser considerados verdadeiros “pesquisadores”, o juiz, ao contrário, deve se comportar como tal, tanto quanto possível, justamente porque é somente deste modo que poderá chegar mais perto possível da verdade.⁶⁴

Paradoxalmente, esse último ponto pode ser bem identificado no ceticismo fático de Jerome Frank, o qual, com sua visão, não negligenciava a relevância dos fatos para a concretização de uma decisão justa.⁶⁵ Ao contrário. A propósito, sustentava que a decisão de uma corte judicial baseada erroneamente nos fatos, no âmbito de processo cível, pode ser tão danosa quanto aquela decisão proferida em processo criminal em que, igualmente baseada em uma averiguação defeituosa dos fatos, condena um inocente. Afinal, isso pode implicar (no âmbito de um processo cível) que uma pessoa perca seu emprego ou mesmo as suas economias, podendo, portanto, sofrer prejuízo tão grave como se tivesse sido preso.⁶⁶

Desse modo, o ceticismo fático mencionado coloca em evidência uma questão central no processo: deve-se ter a consciência de que o processo deve ser orientado, tanto quanto possível, para a busca da verdade.⁶⁷

Qualquer exemplo simplório corrobora essa ideia. Basta pensar no caso referido por Susan Haack, em que *Mr. Kotler* foi acusado de estupro e após cumprir onze anos de sua pena, foi declarado inocente com base em exame de DNA; entretanto, após menos de três anos, foi novamente acusado do cometimento do

⁶³ HAACK, Susan. *Epistemology Legalized: or, truth, justice, and the american way*. In: **Evidence and Inquiry: a pragmatist reconstruction of epistemology**. 2. ed. Amherst: Prometheus Books, 2009, p. 363.

⁶⁴ Afinal, novamente segundo Susan Haack, “In court of law, there is competition between opposing attorneys: a model which may have encouraged some to suppose that disinterestedness is altogether dispensable. Counsel, however, are not inquirers; nor is a legal proceeding an inquiry into whether the defendant did it. The jury *is*, however, trying to figure out whether the defendant’s guilt is established to the required degree by the admissible evidence presented. And a juror will perform this role better, the closer he approximates the genuine inquirer” (HAACK, Susan. **Manifesto of a Passionate Moderate**: unfashionable essays. Op. cit. p. 13).

⁶⁵ Segundo Edmond Cahn, Jerome Frank “wished to dispel various popular myths about courts and trial so that truth might light the path to a more rational and humane judicial process” (CAHN, Edmon. Jerome Frank’s Fact-Skepticism and our Future. In: TWINING, William; STEIN, Alex (eds). **Evidence and Proof**. Aldershot: Dartmouth, 1992, p. 235).

⁶⁶ FRANK, Jerome. **Courts on Trial**: myth and reality in American Justice. Op. cit. p. 96.

⁶⁷ TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno LI, n. 2, giug. 1997, p. 320. MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. In: **Revista de Processo**, ano 36, v. 194, abr. 2011, p. 60.

mesmo crime e, mais uma vez, condenado, justamente com base em exame de DNA.⁶⁸

Neste contexto, não pode haver qualquer dúvida que a verdade também possui um valor de caráter jurídico, sobretudo se considerarmos a verdade na seara processual. Ou seja, não há que se falar em decisão justa se ela se funda sobre uma reconstrução errônea dos fatos que constituem o objeto do processo⁶⁹, mormente se considerarmos que uma verificação verdadeira dos fatos da causa é condição imprescindível para a aplicação correta da lei que regulamenta o caso concreto.⁷⁰ Em outros termos, “na atividade judicial a busca da verdade é uma constante, por razões práticas”.⁷¹

O que subjaz disso é que é justamente a prova que terá a função de comprovar a produção dos fatos que estão condicionados às consequências jurídicas⁷² - e daí, conseqüentemente, a relação entre prova e verdade, sobretudo porque, em uma visão ampla, a prova é o meio pelo qual as informações são derivadas ou inferidas a partir de uma variedade de contextos ou propósitos.⁷³ Mas não é só isso: *a prova representa o conjunto dos elementos, dos procedimentos e dos raciocínios por meio dos quais a reconstrução é elaborada, verificada e confirmada como verdadeira.*⁷⁴

Daí a razão pela qual o vínculo existente entre prova e verdade é teleológico⁷⁵, o que vai justamente ao encontro da ideia da necessidade de se

⁶⁸ HAACK, Susan. Epistemology Legalized: or, truth, justice, and the american way. In: **Evidence and Inquiry: a pragmatist reconstruction of epistemology**. Op. cit. p. 362.

⁶⁹ TARUFFO, Michele. Verità e probabilità nella prova dei fatti. In: **Revista de Processo**, ano 32, n. 154, dez. 2007, p. 215-216. Mirjan Damaška lembra que “accuracy in fact-finding constitutes a precondition for a just decision” (DAMAŠKA, Mirjan R. Truth in Adjudication. In: **Hasting Law Journal**, vol. 49, 1997-1998, p. 289). Jürgen Brüggemann, por sua vez, anota que o conceito Jurisprudencial de verdade (“Der rechtswissenschaftliche Wahrheitsbegriff”) se refere à justiça da decisão (BRÜGGEMANN, Jürgen. **Die richterliche Begründungspflicht**. Berlin: Duncker & Humblot, 1971, p. 50). Susan Haack, lembrando Jeremy Bentham, refere que “substantive justice requires not only just laws, and just administration of those laws, but also factual truth – objective factual truth” (HAACK, Susan. Epistemology Legalized: or, truth, justice, and the american way. In: **Evidence and Inquiry: a pragmatist reconstruction of epistemology**. Op. cit. p. 362).

⁷⁰ TARUFFO, Michele. **La Semplice Verità: il giudice e la costruzione dei fatti**. Op. cit. p. 118-119.

⁷¹ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Standards probatórios. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.). **Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 154.

⁷² FERRER BELTRÁN, Jordi. **La Valoración Racional de la Prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p.30.

⁷³ TWINING, William. Evidence and Legal Theory. In: **The Modern Law Review**, n. 3, v. 47, maio 1984, p. 267-268.

⁷⁴ TARUFFO, Michele. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Op. cit. p. 63.

⁷⁵ KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.14; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 656.

alcançá-la, sendo “altamente desejável que o sistema chegue a um juízo de fato o mais próximo da verdade”.⁷⁶ Ao contrário, adotar relação *conceitual* entre prova e verdade não é possível, sobretudo porque afirmar que “*p* está provado” não significa dizer que “*p* seja verdadeiro”⁷⁷, principalmente diante da relatividade do conhecimento adquirido no âmbito judicial.⁷⁸

Neste ponto, pode-se observar uma clara contraposição da valoração negativa da verdade com a sua valoração positiva. Ora, enquanto que no primeiro modelo o direito probatório tem uma concepção redutiva, no segundo, ao contrário, há a devida valorização da prova, notadamente porque a acurácia da verdade dela depende, *de modo que a verdade é propósito inerente ao direito probatório*.⁷⁹

Isso não implica, de outro lado, o entendimento de que a verdade é necessariamente objetivo almejado pelas partes, pois a vontade delas em defender seus interesses pode não coincidir com o seu descobrimento, principalmente porque pode haver, por exemplo, a apresentação de provas adulteradas ou mesmo a omissão em apresentar meios de provas que podem ser prejudiciais aos interesses da parte, mas que são, por outro lado, úteis para o descobrimento da verdade acerca do ocorrido.⁸⁰

Ao mesmo tempo, porém, não se pode deixar de reconhecer a constatação óbvia de que as partes *intervêm* no processo, e, por isso mesmo, *influenciam inclusive a busca pela verdade*, até mesmo porque existente o *direito fundamental à prova*, que, de um modo geral, compreende (a) o *direito de a parte empregar todas as provas disponíveis, com o intuito de demonstrar a verdade*⁸¹; (b) o *direito das partes de produção das provas já admitidas*⁸²; (c) a *possibilidade, por meio do contraditório, de discutir e contraditar as outras provas, bem como de produzir prova contrária*⁸³; e (d) o *direito à valoração das provas por parte do julgador*.⁸⁴

⁷⁶ KINIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Op. cit. p. 14.

⁷⁷ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y Verdad en el Derecho**. 2.ed. Madrid: Marcial Pons, 2002, p.69.

⁷⁸ Sobre isso, ver *infra*, item 2.

⁷⁹ BRINKMANN, Moritz. **Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht**. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2005, p. 05.

⁸⁰ FERRER BELTRÁN, Jordi. **La Valoración Racional de la Prueba**. Op. cit. p. 31, nota de rodapé 14 e p. 39; Idem, **Prueba y Verdad en el Derecho**. Op. cit. p. 57-58.

⁸¹ TARUFFO, Michele. Il diritto alla prova nel processo civile. In: **Rivista di Diritto Processuale**, n. 1, 1984, p. 78.

⁸² Ibidem, p. 92.

⁸³ Ibidem, p. 98-99.

⁸⁴ Ibidem, p. 106. Essa mesma classificação é feita por MATTOS, Sérgio. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 213-214. Em sentido aproximado,

Ou seja, também o cidadão tem o direito de demonstrar a verdade das hipóteses fáticas narradas, tanto que a “Corte Costituzionale” italiana já referiu que é contrária ao direito de ação e ao de defesa a limitação pela busca da verdade.⁸⁵

De qualquer maneira, como refere Eduardo Cambi, para a decisão ser justa, é necessário que o juiz conheça os fatos e as repercussões jurídicas; e os fatos, por sua vez, chegam ao seu conhecimento por meio das alegações das partes, devendo ser verificadas. Daí porque a sentença “para ser justa, deve ser a objetivação da verdade, relativa a métodos de conhecimento disponíveis no processo”.⁸⁶

A relevância da verdade no processo, ademais, não pode ser desconsiderada porque ela se mostra como condição *sine qua non* para que o cidadão tenha a *confiança necessária* na administração da justiça⁸⁷, o que encaminha a questão para uma precisa relação entre verdade e a segurança jurídica. Noutros termos, *razões de segurança jurídica também impõem a averiguação da verdade no âmbito do processo*.

Explica-se: a segurança jurídica, resumidamente, busca um estado ideal de cognoscibilidade, confiabilidade e de calculabilidade do Poder Público.⁸⁸ Cognoscibilidade significa “um estado ideal de coisas em que os cidadãos possuem, em elevada medida, a capacidade de compreensão, material e intelectual, das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais”; a confiabilidade é “o estado ideal em que o cidadão pode saber quais são as mudanças que podem ser feitas e quais as que não podem ser realizadas, evitando,

Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero afirmam que o direito fundamental à prova “impõe que o legislador e o órgão jurisdicional atentem para: (i) existência de relação teleológica entre prova e verdade, (ii) admissibilidade da prova e dos *meios* de prova; (iii) distribuição adequada do ônus da prova; (iv) momento de produção da prova; e (v) valoração da prova e formação do convencimento judicial” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIÉRO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. Op. cit. p. 657).

⁸⁵ C. Cost. 146/1987.

⁸⁶ CAMBI, Eduardo. Verdade processual objetivável e limites da razão iluminística. In: **Revista de Processo**, v. 96, out. 1999, p. 247.

⁸⁷ Isso porque, segundo L. Jonathan Cohen, “only by producing generally acceptable verdicts on facts at issue can a legal system ensure that in the long term it will continue to retain the respect of the informed public” (COHEN, L. Jonathan. Freedom of Proof. In: TWINING, William; STEIN, Alex. **Evidence and Proof**. Op. cit. p. 06-07).

⁸⁸ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**: entre a permanência, mudança e a realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 250 e 268. Em outra obra sua, Humberto Ávila define que a segurança jurídica este sobreprincípio busca um estado ideal de estabilidade, confiabilidade, previsibilidade e mensurabilidade do Poder Público (ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 303).

dessa forma, que seus direitos sejam frustrados”⁸⁹, enquanto que a calculabilidade “significa o estado ideal em que o cidadão sabe como e quando as mudanças podem ser feitas, impedindo que aquele seja surpreendido”.⁹⁰

A partir disso, resta absolutamente evidenciado que se o julgador prescindir da averiguação da verdade, a segurança jurídica acabará sendo *desprezada*, sobretudo porque, neste caso, o cidadão sequer saberá minimamente em quais fatos deverá se apoiar para fundamentar a sua pretensão, *pois a averiguação da verdade das hipóteses fáticas narradas não terá qualquer relevância para a resolução da controvérsia*. Assim, ao fim e ao cabo, a própria racionalidade do discurso justificativo da decisão judicial restará frustrada, na medida em que o convencimento do juiz e, conseqüentemente, a sua exteriorização por meio da motivação da decisão judicial, não terá bases sólidas para se apoiar. Por conseguinte, restará prejudicada a cognoscibilidade (pois o cidadão certamente terá dificuldades em compreender a “estrutura argumentativa” da decisão), a confiabilidade (pois o cidadão desconhecerá quais “mudanças que podem ser feitas e quais as que não podem ser realizadas” dentro do procedimento judicial, pelo menos no que toca à averiguação dos fatos) e a calculabilidade (justamente porque o cidadão poderá ser surpreendido com a decisão judicial tomada, notadamente diante da imprevisibilidade em relação à averiguação dos fatos).

Isso não quer dizer, evidentemente, que a verdade é o único objetivo do processo, pois não se pode desconsiderar que há outros escopos, como a paz social e inclusive a proteção de direitos individuais⁹¹, não se olvidando, ademais, que, conforme Michele Taruffo, a obtenção de uma decisão justa não depende somente da averiguação verdadeira dos fatos, mas também da escolha e interpretação correta da lei aplicável ao caso concreto, bem como do emprego de um procedimento válido e justo para se chegar à decisão final.⁹²

Para ser objetivo: embora a obtenção da verdade não constitua “fim em si mesmo, senão simples meio para aplicação do direito ao caso concreto”⁹³, isso não

⁸⁹ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**: entre a permanência, mudança e a realização no direito tributário. Op. cit. p. 683.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 684.

⁹¹ FERRER BELTRÁN, Jordi. **La Valoración Racional de la Prueba**. Op. cit. p. 29-30.

⁹² TARUFFO, Michele. *Idee per una teoria della decisione giusta*. Op. cit. p. 319.

⁹³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil**: proposta de um formalismo-valorativo. Op. cit. p. 176. A propósito disso, Carlo Furno já ressaltava que é um “fondamentale errore” afirmar que o “scopo” de qualquer processo, seja civil, penal ou mesmo

significa que ela não importa, justamente porque ela se mostra como condição *sine qua non* para a produção de uma decisão justa. Noutros termos: a “verdade certamente é *relevante* para os procedimentos judiciais: pois o que nós queremos não são simples decisões, senão decisões *justas*; e a justiça substancial requer a verdade dos fatos”.⁹⁴ Ao fim e ao cabo, *a busca pela verdade, no processo, é inevitável*.⁹⁵

De resto, as próprias regras processuais evidenciam de modo absolutamente claro a relevância da verdade. Por exemplo, a *Rule 102* da *Federal Rules of Evidence*, que determina os propósitos do código, preceitua que as referidas “regras devem ser interpretadas no sentido de administrar cada processo de forma justa, eliminar a despesa injustificável e atraso e promover o desenvolvimento do direito probatório, para o fim de averiguar a verdade e assegurar uma determinação justa”. O § 286, 1, da *Zivilprozessordnung*, por sua vez, refere que “o juiz, atendendo o conteúdo das audiências e o resultado da instrução probatória, decidirá segundo o seu livre convencimento, se a afirmação é *verdadeira ou não*”. No caso brasileiro, o art. 131 do Código de Processo Civil evidencia que o juiz, para a formação de seu convencimento, deverá levar em consideração os “*fatos e circunstâncias constantes dos autos*”. No novo Código de Processo Civil, a questão não é diferente, pois, conforme o art. 371, o “juiz apreciará *a prova constante nos autos*”.

administrativo, é o de procurar e alcançar a “*certezza storica*”. Isso porque a “*certezza storica* è un mezzo indispensabile”. Deste modo, “è fuori di dubbio che la *certezza storica* non è mai la mèta finale del processo, ma è esclusivamente un strumento che ha lo scopo più limitato di servire al raggiungimento di quella” (FURNO, Carlo. **Contributo alla Teoria della Prova Legale**. Padova: CEDAM, 1940, p. 28-29).

⁹⁴ HAACK, Susan. Of Truth, in Science and in Law. In: **Brooklin Law Review**, v. 73, 2008, p. 986. Essas considerações também são feitas por MATTOS, Sérgio. O Juiz é o destinatário da prova: porta aberta para o arbítrio? In: MITIDIERO, Daniel; RIZZO AMARAL, Guilherme (Coord.). **Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 450. O ponto, aliás, foi resumido objetivamente por Michele Taruffo, que refere: “la verdad de los hechos en litigio no es un objetivo en sí mismo ni el propósito final de un proceso civil. Es más bien una condición necesaria (o un objetivo instrumental de toda decisión justa y legítima y, en consecuencia, de cualquier resolución apropiada y correcta de la controversia entre las partes. Por lo tanto, la verdad no es un objetivo final en sí mismo ni una mera consecuencia colateral o efecto secundario del proceso civil: es sólo una condición necesaria para una decisión apropiada, legítima y justa. Dado que el proceso judicial tiene por objeto hacer justicia y no sólo resolver conflictos, o – *rectius* – está orientado a resolver conflictos por medio de una decisión justa, no podemos hacer a un lado la verdad, como una condición de justicia, en la decisión de los casos” (TARUFFO, Michele. **La Prueba**. Op. cit. p. 23).

⁹⁵ TARUFFO, Michele. La verità nel processo. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno LXVI, n. 4, dic. 2012, p. 1125.

Em síntese: *a verdade, embora não seja o escopo único do processo, é condição necessária para a obtenção de uma decisão justa*. O que há, assim, é uma *verdade funcional, em que há verdadeira valorização do direito probatório e conseqüentemente da motivação da decisão judicial*. Essa, em suma, é a concepção da valoração positiva da verdade.

1.3 TEORIAS SOBRE A VERDADE

Definido, portanto, que, de qualquer modo, *a verdade é relevante*, cumpre analisar as teorias acerca da verdade.

Entretanto, a resposta ao questionamento “o que é verdade?” não é fácil, tanto que se afirma que isso, talvez, seja uma das maiores controvérsias filosóficas.⁹⁶ Nessa direção, contudo, aparecem frequentemente algumas teorias conceituais, sobretudo no âmbito do processo. Assim, por exemplo, fala-se em verdade material ou substancial em contraposição à verdade formal ou judicial. Alude-se, ainda, à verdade como coerência e à verdade como correspondência. Nesse ponto, portanto, serão analisadas essas teorias, que são as que interessam para o presente estudo, cuja análise, contudo, será meramente descritiva, na medida em que a crítica a respeito é realizada no item subsequente.⁹⁷

1.3.1 A verdade material ou substancial vs. verdade formal ou judicial

A *verdade material ou substancial*, de regra, diz respeito ao mundo dos fenômenos ou às áreas da experiência diversas do processo; é uma verdade que, portanto, é adquirida com instrumentos cognitivos diversos da prova judicial.⁹⁸ Trata-se da verdade *tout court*, em que a verdade de um enunciado depende de sua correspondência com o mundo.⁹⁹

De outro lado, a *verdade formal ou judicial*, como já se pode imaginar, é o resultado de uma pesquisa juridicamente limitada, tendo em vista a existência não

⁹⁶ MÜLLER, Christoph Markus. *Anscheinsbeweis im Strafprozeß*. Berlin: Duncker und Humblot, 1998, p. 120.

⁹⁷ *Infra*, item 1.4.

⁹⁸ TARUFFO, Michele. *La Prova dei Fatti Giuridici*. Op. cit., p. 04. Também nesse sentido, SCAPINI, Nevio. *La Prova per Indizi nel Vigente Sistema del Processo Penale*. Milano: Giuffrè: 2001, p. 241.

⁹⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y Verdad en el Derecho*. Op. cit. p. 62.

somente de leis lógicas, mas também jurídicas.¹⁰⁰ É, assim, aquela verdade que se obtém no processo como resultado da atividade probatória¹⁰¹, estando identificada, por essas razões, muito mais com uma ficção da verdade.¹⁰²

Também é comum a afirmação de que no processo penal tem vez a verdade material, enquanto que no processo civil tem vez a verdade formal¹⁰³. A justificativa dessa dicotomia, de um modo geral, fundamenta-se no fato de que no processo penal há a possibilidade da vulneração do direito de liberdade do indivíduo, de modo que o titular do *jus puniendi* é o Estado, enquanto que no processo civil os interesses em jogo, de regra, dizem respeito a direitos disponíveis, patrimoniais.¹⁰⁴

A antítese apontada também se fundamenta na ideia de que no processo penal tem vez a verdade material porque os poderes dispositivos das partes sobre o material probatório é mínimo, diferentemente do que ocorre no processo civil, razão porque, nesta seara, sobressai a verdade formal. E assim é porque os dois vetores básicos que regem o processo penal são oferecidos pela proeminência da pretensão punitiva pertencente ao Estado e justamente pelo princípio da procura da verdade

¹⁰⁰ CARNELUTTI, Francesco. **La Prova Civile**, 2.ed. Roma: Dell'ateneo, 1947, p. 29. Interessante notar que Carlo Furno procede outra distinção em relação à dicotomia existente entre verdade material e formal, relacionando ambas com o processo. Segundo o autor, por "verità materiale si intende la certeza storica acquisita al processo per via di uno o più esperimenti probatori, le cui resultanze debbono essere apprezzate dal giudice con piena ed assoluta libertà di criterio: sia che le parti contendente forniscano al giudice tutto il materiale istruttorio occorrente; sai che lo stesso giudice supplisca di propria iniziativa alle eventual lacune della istruzione, muovendo egli stesso in cerca della prova. Qui l'esperimento probatorio è in ogni caso diretto a formare la convinzione del giudice, nel presupposto della perfetta discrezionalità della sua valutazione. Per verità formale, invece, si intende la certeza storica acquisita al processo non più attraverso il vaglio critico liberamente esercitato sul materiale istruttorio dall'organo giudicante; ma bensì in virtù di un sistema legale di accertamento definitivo dei fatti: ossia, in virtù di un complesso di norme imperative le quali, interamente sopprimendo la libertà giudiziale di valutazione, vincolino il magistrato a tenere senz'altro per certi i fatti concreti dimostrati nei modi corrispondenti alle ipotesi previste in astratto da esse norme"(FURNO, Carlo. **Contributo alla Teoria della Prova Legale**. Op. cit. p. 20-21).

¹⁰¹ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y Verdad en el Derecho**. Op. cit. p. 62. Em sentido aproximado, RÖDIG, Jürgen. **Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens: die Grundlinien des zivil-, straf- und verwaltungs- gerichtlichen Prozesses**. Berlin-Heidelberg-New York: Springer-Verlag, 1973, p. 153.

¹⁰² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 31.

¹⁰³ RÖDIG, Jürgen. **Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens: die Grundlinien des zivil-, straf- und verwaltungs- gerichtlichen Prozesses**. Op. cit. p. 153. Essa relação também é lembrada por BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Standards probatórios. Op. cit., p. 165.

¹⁰⁴ BARROS, Marco Antônio de. **A Busca da Verdade no Processo Penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 34 e 36; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Processo civil e processo penal: mão e contramão? In: **Revista de Processo**, ano 24, n. 94, abr./jun. 1999, p. 18. A questão igualmente pode ser reconduzida para os *standards* probatórios, que possuem diferente aplicação dependendo dos valores que poderão sofrer restrição. A respeito disso, ver *infra*, item 4.3, da primeira parte.

material, estando o livre convencimento do juiz identificado, portanto, justamente com a verdade material.¹⁰⁵

Daí a razão pela qual, relativamente ao processo penal, aponta-se que se deve perquirir aquilo “o que efetivamente foi” (“was tatsächlich war”), de forma que só se pode admitir no mínimo um “conhecimento absoluto da verdade”¹⁰⁶. Neste caso, o juiz somente pode se curvar à verdade formal excepcionalmente, “quando não disponha de meios para assegurar a verdade real”; enquanto que no processo civil, portanto, “na maioria dos casos”, pode o juiz se satisfazer com a verdade formal.¹⁰⁷

Algumas afirmações em julgados do Superior Tribunal de Justiça corroboram esse entendimento. A propósito, já se afirmou que o “processo penal, ao contrário do processo civil, não transige com o princípio da verdade real”.¹⁰⁸ Ou de que, conforme consta na ementa do julgado, “ao processo penal, nem sempre se podem aplicar as determinações do estatuto adjetivo civil, que tem objetivos diversos dos daqueles, de conteúdo prevalentemente público, onde impera o princípio da verdade real, com vistas ao exercício do ‘jus puniendi’ por parte do Estado”.¹⁰⁹ Também já foi asseverado que “o processo penal não se confunde com o processo civil. Neste, regra geral, predomina interesse pessoal dos demandantes; naquele, ao contrário, interesse público, qual seja, verificar a existência de infração penal imputada na denúncia. Busca-se a verdade real”.¹¹⁰

1.3.2 Teoria da verdade como correspondência vs. teoria da verdade como coerência

Segundo a *teoria da verdade como correspondência*, a linguagem do cotidiano e a compreensão intuitiva são próximas da verdade,¹¹¹ havendo uma

¹⁰⁵ NOBILI, Massimo. **Il Principio del Libero Convencimento del Giudice**. Op. cit. p. 34-38.

¹⁰⁶ RÖDIG, Jürgen. **Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens: die Grundlinien des zivil-, straf- und verwaltungs- gerichtlichen Prozesses**. Op. cit. p. 153.

¹⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos Araújo. **Teoria Geral do Processo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 71.

¹⁰⁸ STJ, RHC 1330/RJ, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, julgado em 20/08/1991, DJ 09/09/1991, p. 12214.

¹⁰⁹ STJ, RMS 5.213/SP, Rel. Min. Anselmo Santiago, Sexta Turma, julgado em 20/10/1998, DJ 15/03/1999, p. 287.

¹¹⁰ STJ, RMS 8.029/PA, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, julgado em 10/06/1997, DJ 08/09/1997, p. 42608.

¹¹¹ MÜLLER, Christoph Markus. **Anscheinsbeweis im Strafprozeß**. Op. cit. p. 121.

adequação da realidade (ou estado de coisas) a que se refere a verdade na sua correspondência com os fatos. Ou seja, essa teoria implica que um *enunciado* é verdadeiro somente se está adequado à realidade objetiva e independente.¹¹² Daí porque essa concepção da verdade leva em consideração que a realidade externa existe e constitui o critério de referência que determina a verdade ou falsidade dos enunciados.¹¹³

Alfred Tarski, a propósito, partindo da concepção aristotélica da verdade, procede a sua reformulação, no sentido de que “a verdade de uma oração consiste na sua adequação (correspondência) com a realidade”.¹¹⁴ Note-se, portanto, que nessa concepção o que ganha destaque é justamente a oração, ou seja, uma linguagem específica. Daí, conseqüentemente, a ligação da verdade como correspondência com a semântica, pois esta última se ocupa com as relações existentes entre as expressões de uma linguagem e os objetos a que se referem as expressões.¹¹⁵

Deve haver, assim, um “equilíbrio entre o intelecto e a realidade”, ou seja, uma “correspondência de uma imagem com um fato”. Pressupõe-se, desse modo, a “separação entre realidade e o sujeito que pensa, o qual se coloca fora da realidade percebida”, sendo que é justamente na “correspondência entre a imagem e a realidade que consiste a verdade ou a falsidade da imagem”.¹¹⁶

Para ser objetivo: *leva-se em conta que há uma relação (correspondência) entre o pensar e, conseqüentemente, com a linguagem empregada (pois esta é a exteriorização do pensar) e a realidade externa.*¹¹⁷ É dentro dessa concepção que se considera que a verdade é o nome que se dá ao conhecimento “considerata nel risultato, in quanto adegui il suo oggetto”; havendo, portanto, um “acordo” do “conhecimento com o seu objeto”.¹¹⁸

¹¹² GASCÓN ABELLAN, Marina. **Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba**. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 51.

¹¹³ TARUFFO, Michele. **La Semplice Verità: il giudice e la costruzione dei fatti**. Op. cit. p. 78.

¹¹⁴ TARSKI, Alfred. **La Concepción Semántica de la Verdad y los Fundamentos de la Semántica**. Disponível em: <<http://pt.scribd.com>>. Acesso em 16 abr. 2013, p. 08.

¹¹⁵ Ibidem, p. 10.

¹¹⁶ RUSSO, Vincenzo; ABET, Antonio. **La Prova Indiziaria e il <giusto processo>**: l'art. 192 C.P.P. e la legge 63/2001. Napoli: Jovene, 2001. p. 61.

¹¹⁷ Nas palavras de Mirjan Damaška, segundo essa concepção, “fact-finding involves establishing a congruence between our statements about the world and the world itself” (DAMAŠKA, Mirjan R. Truth in Adjudication. Op. cit. p. 291).

¹¹⁸ MANNARINO, Nicola. **La Prova nel Processo**. Padova: CEDAM, 2007, p. 269.

O exame da “coerência”, por sua vez, reclama extrema prudência, pois um tratamento unívoco a respeito não é possível.

Com efeito, de um modo geral, alude-se à “*teoria da verdade como coerência*”. Ao lado disso, há a “*coerência normativa*” e a “*coerência narrativa*”. Cumpre, portanto, examinar essas três vertentes.

A própria da *teoria da verdade como coerência* não é homogênea. De fato, a primeira acepção está ligada à ideia de que ela deve estabelecer justamente o conceito de verdade, ou seja, a natureza da verdade, possuindo, assim, um sentido *forte*. A segunda corrente entende que a teoria da coerência pretende estabelecer condições para a aplicação apropriada da teoria e, portanto, conferir um *critério de verdade*, o que conduz a um sentido *fraco* da teoria.¹¹⁹

Não por menos, conforme o *sentido forte* dessa teoria, a verdade de um enunciado fático é somente a função da coerência de um enunciado específico em contexto de vários enunciados.¹²⁰ Assim, *para a proposição ser considerada verdadeira, é preciso verificar a consistência do enunciado dentro do sistema em que é formulado.*¹²¹ Note-se, porém, que o que se propõe não é que o enunciado, para ser verdadeiro, deva ser coerente com um conjunto de enunciados já definidos como verdadeiros, *mas que a verdade consiste na concordância dos enunciados entre si.*¹²²

Em termos mais simples, a verdade como coerência (em seu sentido forte) sustenta a ideia de que uma proposição será verdadeira porque é coerente com outras crenças que se aceitam com base em convenções linguísticas ou sociais. Daí porque, de regra, o significado das palavras não é determinado por referências externas, senão pela sua coerência com outras palavras ou julgamentos dentro do nosso acervo de conhecimento.¹²³

A *teoria da verdade como coerência em seu sentido fraco*, por sua vez, *parte da noção de teoria como correspondência*, mas considera a coerência como

¹¹⁹ COHEN, L. Jonathan. The Coherence Theory of Truth. In: **Philosophical Studien**, v. 34, 1978, p.351.

¹²⁰ TARUFFO, Michele. **La Prueba**. Op. cit. p. 26-27. Também, nesse sentido, SCHLICK, Moritz. Sobre el fundamento del conocimiento. In: AYER, Alfred Julius. (org.). **El positivismo lógico**. Traduzido por L. Aldama, V. Frich, C. N. Molina, F. M. Torner e R. Ruiz. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1965, p. 220.

¹²¹ MÜLLER, Christoph Markus. **Anscheinsbeweis im Strafprozeß**. Op. cit. p. 121.

¹²² GASCÓN ABELLAN, Marina. **Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba**. Op. cit. p. 52.

¹²³ CHOW, Daniel C.K. Trashing nihilism. In: **Tulane Law Review**, v. 65, n. 02, dec. 1990, p. 239 e 275.

condição geral para que um conjunto de proposições deva ser satisfeito para ser aceito como verdadeiro.¹²⁴ Trata-se de uma concepção criteriológica da verdade, por meio da qual se estabelece a existência da correspondência através da coerência.¹²⁵

Convém ressaltar, ainda, que a coerência possui basicamente dois âmbitos de aplicação. O primeiro refere-se às questões de direito, estando conectada diretamente com a interpretação e argumentação jurídica, sobretudo porque o caráter argumentativo do Direito depende não somente da racionalidade, mas também da coerência.¹²⁶ O segundo refere-se às questões de fato, em que sobressai a “coerência narrativa”.

Relativamente ao primeiro aspecto, Robert Alexy e Aleksander Peczenik definem a coerência do seguinte modo: quanto mais as afirmações pertencentes à determinada teoria aproximam-se de uma estrutura de apoio perfeita, mais coerente é a teoria.¹²⁷ Ainda conforme os teóricos, a justiça requer que a ‘legal justification’ esteja inserida em um sistema bastante coerente¹²⁸, sendo que a coerência se apresenta como “elemento central” do conceito de *justificação, racionalidade e correção*.¹²⁹ Mais especificamente, a coerência é uma questão de *grau*¹³⁰, sobretudo porque se deve ter o maior número possível de afirmações que encontram apoio dentro de uma “cadeia” ou “rede” coerente.¹³¹

¹²⁴ COHEN, L. Jonathan. The Coherence Theory of Truth. Op. cit. p. 351.

¹²⁵ JACKSON, Bernard S. Truth or proof?: the criminal verdict. In: **International Journal for the Semiotics of Law**, v. VI, n. 33, 1998, p. 252-253.

¹²⁶ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**: entre a permanência, mudança e a realização no direito tributário. Op. cit. p. 273. Conforme Aulis Aarnio, “the theory of coherence is not only a sufficient but also a necessary element of the theory of argumentation” (AARNIO, Aulis. **Essays on the Doctrinal Study of Law**. Dordrecht - Heidelberg - London - New York: Springer, 2011, p. 146).

¹²⁷ ALEXY, Robert; PECZENIK, Aleksander. The concept of coherence and its significance for discourse rationality. In: **Ratio Juris**, v. 03, n. 1, mar. 1990, p. 131. A conceituação é complexa, pois os autores advertem que: (i) a palavra “teoria” é utilizada em sentido amplo, compreendendo tanto o viés descritivo, como por exemplo teorias empíricas, como as teorias normativas e valorativas; (ii) o conceito de “suporte” é utilizado em seu sentido fraco, que pode ser caracterizado do seguinte modo “a afirmação *p1* confere suporte à afirmação *p2* se, e somente se, *p1* pertence a um conjunto de premissas *S*, do qual *p2* segue-se logicamente”; (iii) a estrutura de apoio depende necessariamente das relações de apoio entre as afirmações pertencentes à teoria em questão; (iv) finalmente, os grau de perfeição de uma estrutura de apoio depende do grau com o qual o critério de coerência é cumprido (Op. cit. p. 132).

¹²⁸ ALEXY, Robert; PECZENIK, Aleksander. The concept of coherence and its significance for discourse rationality. Op. cit. p. 143.

¹²⁹ Ibidem, p. 144.

¹³⁰ Ibidem, p. 145.

¹³¹ Novamente, conforme os autores, a coerência depende do preenchimento dos seguintes critérios: “(1) the greatest possible number of supported statements belonging to the theory in question; (2) the greatest possible length of chains of reasons belonging to it; (3) the greatest possible number of strongly supported statements belonging to the theory; (4) the greatest possible number of connections between various supportive chains belonging to the theory; (5) the greatest possible

Não é por menos, portanto, que se afirma que a coerência se apresenta como um *facilitador* do trabalho do julgador, pois ele não necessita, para cada caso novo, proceder a uma nova recondução das normas, notadamente diante da coerência do sistema.¹³²

Do mesmo modo, Neil MacCormick aponta para a “coerência normativa”, que reclama também a necessidade de haver “valores comuns” subjacentes às normas.¹³³

De outro lado, o próprio Neil MacCormick faz referência à coerência narrativa, que é, segundo ele, “uma verificação para a verdade ou probabilidade acerca das *questões de fato* e evidências sobre as quais a prova direta por meio da observação imediata é indisponível”, o que ganha destaque, sobretudo, na averiguação de “eventos passados”, pois em relação a estes, de regra, *inexiste prova direta a respeito de sua verificação*. Como consequência, a “coerência narrativa é um teste de grande e, realmente, central importância na justificação das decisões jurídicas”.¹³⁴

1.4 A VERDADE RELEVANTE NO PROCESSO

Diante de tudo o que se expôs, permanece a pergunta: afinal, qual é a verdade relevante no processo ou, em outros termos, qual a verdade que efetivamente importa?

number of preference relations between various principles belonging to it; (6) the greatest possible number and complexity of reciprocal supportive relations between various statements belonging to the theory; (7) the greatest possible number of universal statements belonging to the theory; the greatest possible number of general concepts belonging to it; the highest possible degree of generality of concepts implemented within it; the greatest possible number of resemblances between concepts used within it; (8) the greatest possible number of conceptual cross-connections between various theories; (9) the greatest possible number of cases covered by the theory; and (10) the greatest possible number of fields of life covered by the theory”. (ALEXY, Robert; PECZENIK, Aleksander. The concept of coherence and its significance for discourse rationality. Op. cit. p. 144-145).

¹³² ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**: entre a permanência, mudança e a realização no direito tributário. Op. cit. p. 273. Mais uma vez conforme Robert Alexy e Aleksander Peczenik, um sistema coerente “makes the work of the decision-maker easier. He can rely upon statements which have already been tested many times, and has no need to return to the hopeless task of justifying everything at once in each case” (ALEXY, Robert; PECZENIK, Aleksander. The concept of coherence and its significance for discourse rationality. Op. cit. p. 144).

¹³³ MACCORMICK, Neil. Coherence in legal justification. In: PECZENIK, Aleksander **et al** (Org). **Theory of Legal Science**: Proceedings of the Conference on Legal theory and Philosophy of Science. Dordrecht – Boston – Landcaster: Reidel Publishing Co., 1983, p. 236.

¹³⁴ Ibidem, p. 245. A proposta de Neil MacCormick será melhor analisada no item seguinte, *infra*, 1.4.

De início, cumpre destacar que o paralelismo entre verdade material e formal deve ser visto com cautela. Conforme refere Michele Taruffo, sequer há diferença de fundo entre a verdade que se forma no processo e aquela que se forma fora do processo, sobretudo porque esta última é igualmente relativa.¹³⁵

Com efeito, não pode ser desconsiderado que a verdade, de qualquer modo, pode ser buscada e alcançada dentro do contexto judicial fundamentalmente da mesma maneira com que se pode descobri-la em muitas outras áreas da experiência quotidiana. Assim, a despeito de as normas jurídicas definirem o contexto da verdade, *efetivamente toda a verdade, de algum modo, é contextual*.¹³⁶ Afinal, *a prova, por si só, não é diversa daquilo que se considera ou se emprega como instrumento de conhecimento dos fatos da experiência comum ou em outros campos específicos do conhecimento humano*.¹³⁷

O que se quer dizer é que, ao fim e ao cabo, toda a verdade, independentemente do âmbito em que investigada, possui as suas particularidades, sendo, portanto, sem sentido a dicotomia radical entre verdade material e formal. Vale, portanto, reiterar: toda a verdade é, de alguma forma, relativa.¹³⁸

A propósito, a conhecida analogia entre historiador e juiz corrobora a ideia.

Guido Calogero afirmava que o juiz, assim como o historiador, defronta-se com um fato que não é mais uma realidade existente, mas que é algo a ser reconstruído. O julgador, portanto, somente tem acesso às provas (documentos, testemunhas), por meio das quais deverá proceder à reconstrução do fato. Precisamente em razão disso, a gnoseologia do processo, no que se refere à averiguação dos fatos, se identifica com o processo mental em que o historiador, “*raccogliendo, vagliando, combinando, interpretando documenti*”, chega à reconstrução do evento que lhe interessa. O autor, contudo, não desconsidera que há algumas diferenças fundamentais entre as atividades, notadamente porque o juiz está submetido a regras processuais, o que obviamente inexiste na atividade do historiador. Além do mais, ao historiador é permitida ampla pesquisa dos fatos,

¹³⁵ TARUFFO, Michele. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Op. cit. p. 53.

¹³⁶ A constatação é de TARUFFO, Michele. **La Prueba**. Op. cit. p. 25.

¹³⁷ TARUFFO, Michele. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Op. cit. p. 322.

¹³⁸ Contudo, em clássica passagem, Francesco Carnelutti afirmou: “*la verità è come l’acqua: o è pura, o non è verità*” (CARNELUTTI, Francesco. **La Prova Civile**. Op. cit. p. 34). Conforme foi visto, porém, não é prudente absolutizar a verdade, sobretudo no âmbito processual.

enquanto que o julgador deve voltar sua atenção somente àquilo que possui relevância jurídica.¹³⁹

Piero Calamandrei, por sua vez, no que aqui interessa, também procedeu à analogia, destacando, contudo, que enquanto o objeto de pesquisa do historiador é livre, o juiz, ao contrário, encontra-se limitado ao objeto especificado pelas partes. Do mesmo modo, o jurista italiano não olvidou que ao juiz é proibido o uso de informações extraprocessuais. Nada obstante essas diferenças, Piero Calamandrei afirma que isso não é suficiente para atribuir à pesquisa histórica o escopo da verdade real e à pesquisa judicial o escopo da verdade formal.¹⁴⁰ Segundo o processualista, “a contraposição entre verdade real e verdade formal, com a qual alguns processualistas acreditam expressar em fórmula sintética uma essencial diversidade de objeto entre a instrução penal e a instrução civil (...) não corresponde à verdadeira natureza dos dois processos, os quais, *servindo-se de expedientes diversos, objetivam somente a procura pela verdade, pela verdade simples, sem qualquer qualificação*”.¹⁴¹

Finalmente, Michele Taruffo possui visão crítica a respeito da analogia, referindo que a mesma é insustentável, sobretudo em razão das especificidades da atividade do historiador, pois essa objetiva não somente a averiguação do fato, senão a sua explicação e compreensão, bem como a determinação de transformações econômicas e políticas de uma sociedade. Mesmo assim, Michele Taruffo, conquanto afirme que essa clássica analogia implica uma visão simplista da atividade do historiador, não desconsidera que efetivamente pode haver alguma semelhança que, neste caso, ocorre em relação aos “critérios gerais do conhecimento racional”, de modo que a semelhança apontada está *conectada com problemas epistemológicos de ordem geral*.¹⁴²

Em síntese, o que de comum subjaz a essa comparação é que, de qualquer forma, efetivamente *a verdade sempre possui suas particularidades, não se sustentando a dicotomia entre verdade material e verdade formal*. Afinal, até mesmo Michele Taruffo que, como foi apontado, é crítico da comparação entre juiz e

¹³⁹ CALOGERO, Guido. **La Logica del Giudice e il suo Controllo in Cassazione**. Padova: Cedam, 1937, p. 129-131.

¹⁴⁰ CALAMANDREI, Piero. Il giudice e lo storico. In: **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano, 1965. v. 1, p. 397-40.

¹⁴¹ Ibidem, p. 402.

¹⁴² TARUFFO, Michele. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Op. cit. p. 310-314.

historiador, *não desconsidera que há semelhanças entre as atividades, pelo menos no que se refere ao conhecimento da verdade*. Portanto, existe “somente a verdade relativa, dentro e fora do processo, pois qualquer situação cognoscitiva é de qualquer modo caracterizada pelos limites que se relacionam com os meios a serem empregados para estabelecer a verdade”.¹⁴³

Ademais, conforme foi acima exposto, um dos fundamentos para a distinção ora analisada é de que no processo penal tem vez a verdade material, enquanto que no processo civil o que importa é a verdade formal. Entretanto, essa concepção é criticável no mínimo em duas frentes.

Na primeira, se for levado em consideração que a verdade material ou substancial, do ponto de vista conceitual, é aquela que é inatingível no processo, é evidente que o mesmo entendimento deve ser aplicado ao processo penal, de modo que a conclusão só pode ser a de que, *também no processo penal, não se atinge a verdade substancial*. Ademais, ainda que assim não fosse, o próprio brocardo “in dubio pro reo” demonstra que por vezes o julgamento pode não refletir a efetiva realidade daquilo que efetivamente ocorreu.¹⁴⁴ Compreende-se, assim, a afirmação de que “a verdade material que se busca em processo penal não é o conhecimento ou apreensão absoluta de um acontecimento, que todos sabem escapar à capacidade do conhecimento humano; tanto mais que aqui intervém, irremediavelmente, inúmeras fontes de possível erro”.¹⁴⁵

Na segunda, ao se analisar precisamente o direito que pode eventualmente ser sacrificado em cada tipo de procedimento, verifica-se que a dicotomia também não se sustenta. Basta lembrar “que nem todas as condenações criminais se traduzem na imposição de pena privativa de liberdade”, notadamente porque “nas hipóteses de multa é igualmente o patrimônio do condenado que sofre”, enquanto que no âmbito civil “podem ser gravíssimos para a pessoa do réu e, às vezes, não só para ela, os corolários não patrimoniais de uma condenação civil”, bastando pensar, para tanto, “na sentença que destituiu alguém do pátrio poder”.¹⁴⁶⁻¹⁴⁷

¹⁴³ Ibidem, p. 54.

¹⁴⁴ A constatação acertada é de RÖDIG, Jürgen. **Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens**: die Grundlinien des zivil-, straf- und verwaltungs- gerichtlichen Prozesses. Op. cit. p. 153.

¹⁴⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 1974, p. 204.

¹⁴⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Processo civil e processo penal: mão e contramão? Op. cit. p. 18. Em sentido aproximado é a constatação de Mirjan R. Damaška, embora sob a ótica exclusiva de que a dicotomia não se sustenta porque as condenações criminais não envolvem somente eventual

Ademais, o processo civil “labora também com interesses fundamentais da pessoa humana (...), pelo que totalmente despropositada a distinção da cognição entre as áreas”.¹⁴⁸

Outrossim, cabe reiterar que é comum a afirmação de que o processo penal visa à pretensão punitiva do Estado, o que justificaria a procura pela verdade material, a qual se identificaria, por isso, com o livre convencimento. Contudo, essa visão diminui a própria essência do livre convencimento, pois significa a sua aplicabilidade exclusivamente no sistema penal, ao passo que, como se sabe, o princípio também tem vez no processo civil.¹⁴⁹

Assim, é prudente, pelas razões expostas, abandonar a expressão verdade material ou verdade judicial. O que se deve perseguir no processo é somente a verdade, pura e simples,¹⁵⁰ que, como visto, é funcional para a obtenção de uma decisão justa. A atenção, assim, deve ser voltada para “a verdade possível, própria da condição humana”.¹⁵¹

De outro lado, diante do paralelismo existente entre verdade como coerência e verdade como correspondência, cumpre, ainda, investigar qual delas, portanto, é útil para o processo e que efetivamente importa.

Nessa direção, afirma-se que a verdade como coerência possui dois problemas básicos: o primeiro tem a ver com o fato de que um conjunto de enunciados pode conter mais de um subconjunto coerentes, não havendo, assim,

restrição da liberdade. Assim refere o autor: “this argument has lost much of its pristine force with the decline in severity of criminal punishments: whereas civil sanctions can now be ruinous to an individual, criminal penalties on the Continent often take the form of fines or suspended sentences” (DAMAŠKA, Mirjan R. **Evidence Law Adrift**. Op. cit. p. 121).

¹⁴⁷ Cumpre destacar, porém, que alguns daqueles que defendem que no processo civil tem vez a verdade formal, aduzem que “quando a causa não-penal versa sobre relações jurídicas em que o interesse público prevalece sobre o privado, não há concessões há verdade formal” (DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos Araújo. **Teoria Geral do Processo**. Op. cit. p. 71).

¹⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. Op. Cit. p. 32.

¹⁴⁹ NOBILI, Massimo. **Il Principio del Libero Convincimento del Giudice**. Op. cit. p. 41-42.

¹⁵⁰ A ideia é corroborada por Guilherme Rizzo Amaral, o qual refere que “não podemos falar em duas verdades, uma processual e outra extraprocessual. A verdade obtível pelo homem é uma só, e relativiza-se à medida da própria imperfeição humana, e das circunstâncias do tempo e do lugar onde se dá a investigação sobre a verdade” (RIZZO AMARAL, Guilherme. Verdade, justiça e dignidade da legislação: breve ensaio sobre a efetividade do processo, inspirado no pensamento de John Rawls e Jeremy Waldron. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.). **Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 134).

¹⁵¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil: proposta de um formalismo-valorativo**. Op. cit. p. 178.

qualquer univocidade; o segundo é que a verdade como coerência se foca somente no ponto referente à *coerência formal* entre os enunciados.¹⁵²

Mas não é só isso. Segundo os críticos, é inerente ao conceito de verdade como coerência a ideia da não contradição.¹⁵³ Isso, contudo, pode fazer com que se tome como verdade “os contos de fadas”, que podem ser, sob essa perspectiva, “tão verdadeiros quanto um relato histórico ou com os enunciados de um livro de química, sempre que o conto esteja construído de maneira que não possua nenhuma contradição”. Sob esse viés, é evidente que “a teoria da coerência resulta logicamente impossível não serve em absoluto para proporcionar um critério unívoco de verdade”.¹⁵⁴

Do mesmo modo, a verdade como correspondência não é imune a críticas. Assim, há referência de que o ponto fraco da teoria residiria justamente na relação que se faz entre a linguagem e a realidade, de modo que a teoria seria “isomórfica ao tratar duas coisas diferentes – a linguagem, o mundo, a realidade, etc. – como se fossem os mesmos”. Com efeito, argumenta-se que os fatos são construídos pela linguagem, razão porque “nós não encontramos realidade exceto sob uma descrição”. Assim, o “mundo não se representa em si. Ele deve ser representado através de alguns meios de comunicação como a linguagem e todos os meios são criações humanas”.¹⁵⁵

Tais argumentações, entretanto, são rechaçadas epistemologicamente: “o mundo (...) é, em grande parte, independente de nós”, e não “completamente”, porque é inegável que o ser humano intervém no mundo de várias maneiras e sobretudo porque o próprio ser humano e suas atividades “físicas e mentais são elas mesmos partes do mundo”. Desse modo, a descrição do mundo para ser verdadeira depende do que ela (a descrição) diz, bem como se o mundo efetivamente é como ela diz. Assim, o que “uma descrição diz depende de nossas convenções

¹⁵² GASCÓN ABELLAN, Marina. **Los hechos en el derecho**: bases argumentales de la prueba. Op. cit. p. 53.

¹⁵³ A ideia de que a coerência narrativa é inerente a não contradição é rechaçada por Neil MacCormick, conforme restará demonstrado logo adiante.

¹⁵⁴ SCHLICK, Moritz. Sobre el fundamento del conocimiento. Op. cit. p. 220-222.

¹⁵⁵ NICHOLSON, Donald. Taking epistemology seriously: ‘truth, reason and justice’ revisited. In: **The International Journal of Evidence & Proof**, v. 17, 2013, p. 33-34.

linguísticas; mas, dado o que diz, se isso é verdadeiro ou falso depende de como o mundo é”.¹⁵⁶

De qualquer maneira, sustenta-se, de modo bastante peremptório, que a verdade como correspondência seria o paradigma a ser levado em consideração no âmbito do processo.¹⁵⁷ Não por menos, Marina Gascón Abellán sustenta que essa vertente é aquela que mais se adequa aos participantes do processo judicial. Afinal, “quando no processo se pede a uma testemunha que diga a verdade, não se está requerendo que ela diga aquilo que estima ser útil ou coerente, senão que descreva os fatos tal como sucederam”. Além disso, ainda segundo a autora, a verdade como correspondência também é válida porque o que interessa dos enunciados fáticos é a informação empírica que proporcionam – isto é, interessam conhecer, sobretudo no âmbito do processo, os fatos como eles efetivamente ocorreram.¹⁵⁸

Argumenta-se, também, que noção de verdade como correspondência com o fato encontra lugar próprio no processo porque ela (a verdade) é adquirida a partir da concordância da hipótese sobre o fato enunciada no tema de prova com a evidência que a confirma, sendo resultado da descoberta que surge a partir das posições contrapostas das partes por meio do contraditório.¹⁵⁹

Mas o motivo pelo qual se deve levar em consideração a verdade como correspondência no processo é até mesmo singelo. Afinal, partindo-se da concepção de que (i) a verdade como correspondência leva em consideração justamente a correspondência entre os enunciados e a realidade externa, (ii) a relação entre prova e verdade, ou seja, de que a prova, de regra, significa um conjunto de elementos, procedimentos e raciocínios que confirmam uma hipótese fática como verdadeira e que (iii) a decisão, para ser justa, deve estar embasada em uma versão verdadeira das hipóteses fáticas, a fim de bem adequar a consequência jurídica prevista no

¹⁵⁶ HAACK, Susan. **Manifesto of a Passionate Moderate**: unfashionable essas. Op. cit. p. 156. Mais adiante, a autora, para corroborar a sua ideia, complementa: “We can describe how the world would be, or have been, if there were, or had been, no human beings. To be sure, before there were human beings or human languages, the English sentence ‘there are rocks’ did not exist; and so, if sentences are bearers of truth and falsity, it is not the case that ‘there are rocks’ was true before there were peoples, or that ‘there are rocks’ would have been even if there had never been people. Nevertheless, there were rocks before there were people, and there would have been rocks even if there had been people; and *that* is a (partial) description of how the world would be or would have been if there were, or had been, no human beings” (Ibidem, op. cit. p. 157).

¹⁵⁷ Assim, por exemplo, MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.98.

¹⁵⁸ GASCÓN ABELLAN, Marina. **Los hechos en el derecho**: bases argumentales de la prueba. Op. cit. p. 53.

¹⁵⁹ MANNARINO, Nicola. **La Prova nel Processo**. Op. cit, p. 271.

ordenamento, resta evidente que *a verdade como correspondência, sob esse viés, apresenta-se como a alternativa possível para se atingir uma decisão justa, notadamente porque é o critério que leva em consideração aquilo que efetivamente ocorreu, cuja verificação se dá por meio da prova.*¹⁶⁰

Isso não significa, contudo, que se deve simplesmente desconsiderar a verdade como coerência, *pelo menos no que se refere à sua aplicação quanto à coerência narrativa.*

Sobre isso, vale lembrar os dois clássicos modelos de prova, ou seja, o persuasivo e o demonstrativo.¹⁶¹

No primeiro modelo, a prova é um argumento persuasivo, dirigido a convencer o órgão que julga sobre os fatos da oportunidade de assumir como correta uma certa visão dos fatos relevantes para a decisão.¹⁶² Tem-se, portanto, o modelo persuasivo da prova, mediante o qual se busca uma reconstrução próxima da realidade, no qual ganha valor o diálogo das partes na formação da questão de fato.¹⁶³ Há uma vinculação, no modelo persuasivo da prova, com a ordem isonômica,¹⁶⁴ privilegiando-se justamente tanto o raciocínio retórico como o dialético¹⁶⁵ - a conexão, portanto, é com a argumentação.

De outro lado, a prova também pode ser entendida como um instrumento demonstrativo, voltado ao conhecimento científico da verdade dos fatos relevantes

¹⁶⁰ Nas palavras de Michele Taruffo, na perspectiva da teoria da verdade como correspondência, “la condición más importante es que los hechos han de ser establecidos correctamente, tomando como base los elementos de prueba relevantes y pertinentes, como una condición necesaria para la correcta aplicación de las normas jurídicas sustantivas. Entonces la cuestión no es (sólo) de relatos contados ni de lenguaje y coherencia narrativa. El contenido de la decisión es verdadero cuando coincide o se corresponde con los sucesos que realmente ocurrieron en la situación empírica que esta en la base de la controversia judicial” (TARUFFO, Michele. **La Prueba**. Op. cit., p. 28-29).

¹⁶¹ As considerações que seguem acerca dos modelos de prova também foram feitas em GROSS, Marco Eugênio. **A Categoria das Máximas de Experiência no Âmbito do Livre Convencimento do Juiz e o seu Controle pelo Superior Tribunal de Justiça**. 2011. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, p. 102-103. No presente estudo, há alguns pequenos acréscimos em relação ao ponto analisado.

¹⁶² TARUFFO, Michele. Modelli di prova e di procedimento probatorio. In **Rivista di Diritto Processuale**, anno XLV, n.2, apr./giug. 1990, p. 420.

¹⁶³ KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Op. cit., p.12.

¹⁶⁴ Nesse sentido, ZANETI JÚNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. In: MITIDIERO, Daniel; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Introdução ao Estudo do Processo Civil**: primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Fabris, 2004, p. 140.

¹⁶⁵ GIULIANI, Alessandro. L’ordo judicarius medioevale (riflessioni su um modelo puro di ordine isonômico). In: **Rivista di Diritto Processuale**, anno XLIII, n. 3, lug./sett. 1988, p. 605.

para a decisão, vinculando-se esse modelo a uma ordem assimétrica, em que o juiz é ativo no que se refere à averiguação dos fatos relevantes para a decisão.¹⁶⁶

Entretanto, conforme adverte Danilo Knijnik, deve-se “conciliar as vantagens de ambos os modelos”, a fim de que, do modelo persuasivo, tome-se “a prudência, a modéstia, a consciência da chance de erro”, e do modelo demonstrativo “ficar-se com o objetivo de, sempre que possível, obter-se uma reconstrução fática próxima do mundo fenomênico”.¹⁶⁷

Contudo, aqui surge um problema. Como já foi referido, de regra, a teoria da verdade como correspondência é o paradigma a ser adotado no processo, pelas razões anteriormente expostas. De outro lado, não se pode desconsiderar, para a formulação do juízo de fato, a prova como persuasão, a qual (e este ponto é importante) *está ligada à ideia da verdade como coerência*.¹⁶⁸ Afinal, essa concepção (modelo persuasivo da prova) toma a prova como argumentação, em que ganha destaque a retórica.¹⁶⁹ E isso (a concepção retórica dos elementos de prova) toma como ponto de partida que a prova é um recurso persuasivo *cujo objetivo é simplesmente criar, para a convicção do juiz, uma crença acerca da credibilidade de um dos relatos que foram contados ao longo do litígio*. Por isso que, nessa perspectiva, a coerência daquilo que foi exposto pelas partes ao longo do transcurso do processo desempenha papel persuasivo importante, sendo que os meios probatórios têm por escopo serem um apoio para um relato convincente.¹⁷⁰

¹⁶⁶ TARUFFO, Michele. Modelli di prova e di procedimento probatorio. Op. cit. p. 421.

¹⁶⁷ KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Op. cit. p. 14-15. Até mesmo porque a argumentação e a demonstração não são necessariamente paradoxos. Ora, “a argumentação (...) pode comportar elementos demonstrativos” (REBOUL, Olivier. **Introdução à Retórica**. Traduzido por Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 96).

¹⁶⁸ Michele Taruffo afirma expressamente que “la teoría coherentista de la verdad se puede vincular con la concepción <retórica> de los elementos de prueba”. (TARUFFO, Michele. **La Prueba**. Op. cit. p. 27).

¹⁶⁹ GIULIANI, Alessandro. Prova (Filosofia Del Diritto). Op. cit. p. 525.

¹⁷⁰ TARUFFO, Michele. **La Prueba**. Op. cit. p. 27. Não se quer dizer que nisso se resume o modelo persuasivo da prova, ou seja, de que o seu escopo único é o de conferir coerência às histórias narradas pelas partes. Afinal, “considerada como argumento empregado com o objetivo de exercer ingerência sobre a formação do convencimento jurisdicional, a prova funciona, nessa dimensão, como instrumento destinado à construção de um retrato possível da realidade, fazendo presentes diante dos olhos do julgador fatos que, muitas vezes, não mais existem. Pelo prisma dessa função retórica, a prova cível serve como ferramenta pela qual é trazida aos autos uma versão possível dessa mesma realidade, a qual pode ou não corresponder àquilo que efetivamente aconteceu, constituindo-se como esforço argumentativo situado no âmbito de descoberta. De outro lado, a aceitação dessa versão possível como sendo condizente com a verdade histórica, por sua vez, pressupõe a presença de razões que autorizem o julgador a acreditar na sua correspondência com aquilo que efetivamente aconteceu, em uma atuação situada na dimensão do contexto de justificação” (REICHELTL, Luis Alberto. **A Prova no Direito Processual Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 151-152).

Essas constatações ficam bem evidenciadas na teoria desenvolvida por Neil MacCormick, para quem o teste da coerência narrativa “não é completamente satisfeito pela mera consistência, ou seja, pela ausência de autocontradição”. De fato, aquilo “que eu digo pode ser livre de qualquer inconsistência interna e, mesmo assim, pode não fazer sentido como um todo”.¹⁷¹ Por conseguinte, uma das principais críticas à ideia da coerência narrativa cai por terra, sobretudo porque o autor demonstra outros critérios de coerência narrativa (que não o da não-contradição) para fins de controle da decisão sobre os fatos, conforme será agora analisado.

A explicação de Neil MacCormick começa com um exemplo, o qual bem evidencia a relevância da coerência narrativa no âmbito do contexto de descobrimento: um cavalo havia sido furtado de seu estábulo durante a noite e o seu adestrador foi encontrado morto nas proximidades, tendo um suspeito-desconhecido sido acusado pela polícia de ter cometido o crime. Entretanto, Sherlock Holmes extrai a informação de uma testemunha de que ela não ouvira o cão latir durante a noite. Por si só, as assertivas “o cão não latiu” e “um desconhecido furtou o cavalo” não são proposições entre si contraditórias. Mas, de um modo geral, se os cães latem para estranhos, então, *de acordo com o senso comum, o fato de naquele caso específico o cão não ter latido para uma pessoa estranha se torna incompatível com a ideia de um desconhecido ter furtado o cavalo.*¹⁷²

De fato, a partir desse exemplo, pode-se perceber que a coerência narrativa reclama sobretudo uma *adequação com aquilo que ordinariamente acontece*. Ao fim e ao cabo, confronta-se a narração com uma máxima de experiência, que fornecerá ao julgador *critérios* para fins de avaliação daquilo que foi narrado¹⁷³, mas tudo isso mediante a análise da prova produzida no processo.

¹⁷¹ MACCORMICK, Neil. Coherence in legal justification. Op. cit. p. 235.

¹⁷² MACCORMICK, Neil. Coherence in legal justification. Op. cit. p. 245.

¹⁷³ Sobre isso, ver a proposta constante em GROSS, Marco Eugênio. **A Categoria das Máximas de Experiência no Âmbito do Livre Convencimento do Juiz e o seu Controle pelo Superior Tribunal de Justiça**. Op. cit. p. 24-29, especialmente p. 29, em que se afirma que “As máximas de experiência, à semelhança dos postulados normativos aplicativos, são metódicas, estruturando o raciocínio do julgador, de forma a indicar modos de aplicação de uma norma e também da valoração da prova”, bem como p. 58, em que se alude que “analisando-se a função das máximas de experiência, percebe-se, com segurança, a sua função metódica, principalmente no âmbito do direito probatório, já que elas conferem critérios ao julgador para, por exemplo, valorar a prova e para proceder à interpretação daqueles conceitos que são juridicamente indeterminados. Em outras palavras, *as máximas de experiência conferem critérios objetivos para a valoração da prova, a inferência presuntiva e a interpretação dos conceitos indeterminados*”. Ainda sobre os conceitos de máximas de experiência, ver, entre tantos, STEIN, Friedrich. **El Conocimiento Privado del Juez**. 2.

Neil MacCormick lança mão de outro exemplo extremamente esclarecedor acerca da importância da coerência narrativa no âmbito processual, e em que deixa mais claro o seus critérios: trata-se do caso *Rex v. Smith*, em que, em síntese, *Mr. Smith* fora acusado de assassinar sua esposa, encontrada morta no chuveiro do casal. Na oportunidade, um dos principais argumentos utilizados pela acusação foi o de que as outras mulheres do réu igualmente faleceram nas mesmas circunstâncias que a sua atual esposa. Também foi demonstrado que *Mr. Smith*, anteriormente à morte, consultara um advogado para saber, em síntese, se poderia ser beneficiado financeiramente no caso de seu falecimento.¹⁷⁴

A partir disso, Neil MacCormick formula quatro enunciados: (1) a primeira *Mrs. Smith* morreu no chuveiro e seu marido estava em casa na oportunidade; (2) a segunda *Mrs. Smith* morreu no chuveiro e seu marido estava em casa na oportunidade; (3) a terceira *Mrs. Smith* morreu no chuveiro e seu marido estava em casa na oportunidade; (4) anteriormente à morte da primeira *Mrs. Smith*, *Mr. Smith* verificou a possibilidade de herdar seus bens. Neil MacCormick agrega, ainda, outras duas possibilidades: (5) todas as *Mrs. Smiths* morreram por puro acidente e (6) *Mr. Smith* assassinou intencionalmente todas as *Mrs. Smiths* no banheiro.¹⁷⁵

Em seguida, o autor demonstra que os enunciados (1) a (4) *não contradizem* o enunciado (5), tampouco a proposição (6). De outro lado, porém, o enunciado (6) é *coerente* com os enunciados (1) a (4), diferentemente do que sucede com o enunciado (5).¹⁷⁶

A explicação, para tanto, é a seguinte: o mundo natural é explicável por meio de princípios explanatórios (leis) causais e probabilísticos, ao passo que o das relações humanas (“world of human affairs”) é explicável em termos de princípios explanatórios racionais, intencional e motivacional. Como corolário, acidentes que ocorrem *sem a intervenção humana* devem ser explicados de maneira *não intencional e não motivacional*, senão por meio *causal ou probabilístico*. Portanto, probabilidade de ocorrência conjunta de condições causais para a morte sucessiva de três pessoas no banheiro, relacionadas a uma quarta, é muito baixa. De outro

ed. Traduzido por Andres de la Oliva Santos. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, p. 22; ROSITO, Francisco. **Direito Probatório**: as máximas de experiência em juízo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 76-80.

¹⁷⁴ MACCORMICK, Neil. Coherence in legal justification. Op. cit. p. 245.

¹⁷⁵ MACCORMICK, Neil. Coherence in legal justification. Op. cit. p. 246.

¹⁷⁶ Ibidem. Op. cit. p. 247.

lado, contudo, a probabilidade de algum agente humano intencionalmente determinar a realização dessas condições necessárias é alta, e será ainda mais alta se existir um motivo para fazê-lo.¹⁷⁷

Desse modo, “o *critério* decisivo, ao que se compreende, é o da manutenção das causas explicativas: em *Rex v. Smith*, a conclusão factual (6) se impõe sobre a (5) porque, para manter esta última, seria necessário alterar o paradigma explicativo. Dito de outro modo, para assumir que *houve três acidentes naturais*, ter-se-ia de apelar a eventos altamente improváveis do próprio ponto de vista naturalístico. Já a conclusão factual (6), empregando um esquema explicativo de tipo intencional, não lança mão nem de pressuposições auxiliares, nem de premissas improváveis”.¹⁷⁸

Assim colocada a questão, pode-se perceber que a coerência narrativa não se sustenta sem uma adequação com o estado de coisas, havendo, portanto, uma íntima relação da verdade com a correspondência. De fato, Marina Gascón Abellán reconhece que algumas “versões da coerência narrativa reclamam, ou ao menos não rejeitam, algum ‘anclaje’ com a realidade”.¹⁷⁹ *Trata-se, ao fim e ao cabo, da adoção da teoria da verdade como coerência em sentido fraco, pois esta se estabelece fundamentalmente como um critério de verdade.*

De qualquer modo, o modelo proposto por Neil MacCormick “fornece um teste quanto à verdade ou a verdade provável das proposições sobre eventos ou coisas despercebidos”; o “teste consiste na explicabilidade das proposições testadas com o mesmo esquema de explicação das proposições consideradas verdadeiras com base na percepção”. Assim, a “probabilidade relativa de proposições mutuamente incoerentes referentes ao mesmo evento despercebido (no caso, o afogamento de *Mrs. Smith*) depende do número de outros eventos que devem supor-se para atingir a coerência e a medida em que se deve fazer recurso a ulteriores hipóteses explicativas auxiliares, para obtê-la”. Tal teste serve para a “*justificação do convencimento, e, portanto, justifica decisões sobre questões fáticas porque (a) é uma condição necessária da inteligibilidade do mundo fenomênico; e porque (b) racionalidade exige que façamos o mundo fenomênico inteligível*”.¹⁸⁰

¹⁷⁷ Ibidem, ibidem.

¹⁷⁸ KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. In: **Revista Forense**, v. 353, ano 97, jan./fev. 2001, p. 42-43.

¹⁷⁹ GASCÓN ABELLAN, Marina. **Los hechos en el derecho**: bases argumentales de la prueba. Op. cit. p. 54.

¹⁸⁰ MACCORMICK, Neil. Coherence in legal justification. Op. cit. p.248-249.

Perceba-se, portanto, a dicotomia: se por um lado a verdade no âmbito do processo deve ser compreendida a partir da ideia de correspondência, por outro lado deve-se adotar, para a formulação do juízo de fato, tanto o modelo demonstrativo da prova como o persuasivo, sendo que este último, por sua vez, está ligado à ideia da teoria da verdade como coerência (pelo menos em seu sentido fraco).

Isso, de imediato, leva à conclusão, consoante já se adiantou muito brevemente, que efetivamente não se pode desconsiderar *por completo* a verdade como coerência. Ora, não há dúvidas de que, de qualquer maneira, *o processo também se desenvolve por meio de narrativas*, sendo que a concordância dos relatos acerca das hipóteses fáticas levantadas pelas partes também é um ponto importante. Afinal, se por um lado as narrativas judiciais efetivamente podem ser consideradas “perigosas”, pois dão margem à “imprecisão”, à “variabilidade” e à “manipulação da reconstrução dos fatos”, sobretudo porque dependentes “do ponto de vista dos interesses e dos propósitos dos sujeitos que contam as histórias em um determinado momento e contexto”, por outro, são necessárias, pois se apresentam como o instrumento principal por meio do qual os elementos informativos esparsos e fragmentados podem ser combinados e organizados como um conjunto de fatos coerentes e significativos.¹⁸¹

Com efeito, os fatos não entram no processo na sua materialidade empírica, de modo que nenhum dos atores processuais pode, efetivamente, perceber o fato *diretamente*. A razão, aliás, é óbvia e até mesmo elementar: os fatos ocorreram *antes* do processo e, portanto, situam-se fora do contexto processual. De outro lado, eles (os fatos) entram no processo sob a forma de *enunciados* que irão descrever as circunstâncias fáticas. Portanto, *a verdade no âmbito processual não diz respeito propriamente aos eventos historicamente verificados na sua realidade material, senão como produtos linguísticos; assim falar de verdade significa falar de verdade ou falsidades dos enunciados que descrevem os fatos relevantes para a decisão.*¹⁸²

¹⁸¹ TARUFFO, Michele. **La Semplice Verità**. Op. cit. p. 35. William Twining, aliás, refere que “stories help us to make sense of events, to structure an argument, and to provide coherence. But, in legal practice, they are also wonderful vehicles for ‘cheating’. For instance, they make it easy to sneak in irrelevant or unsupported facts, to appeal to hidden prejudices or stereotypes, and to fill in gaps in the evidence” (TWINING, William. Evidence as a multi-disciplinary subject. In: **Rethinking Evidence: exploratory essays**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 445-446).

¹⁸² TARUFFO, Michele. Verità e processo. In: **Revista de Processo**, v. 228, fev. 2014, p. 67. Aliás, célebre é a afirmação de Santiago Sentís Melendo, de que “los hechos no se prueban; los hechos existen. Lo que se prueba son afirmaciones, que podrán referirse a hechos” (SENTÍS MELENDO, Santiago. **La Prueba**. Buenos Aires: Ejea, 1979, p. 12. Também nesse sentido, CARRATTA, Antonio.

Vale reiterar: não se propõe que a coerência narrativa seja o único critério de escolha do juiz para a formulação de seu juízo decisório. É até mesmo intuitivo que “coerência não significa necessariamente verdade”, ou seja, “a coerência contextual de uma narração não pode assegurar, por si só, a verdade dos acontecimentos narrados”.¹⁸³ Entretanto, conforme refere Michele Taruffo, que é notório crítico da verdade como coerência¹⁸⁴, *a coerência narrativa pode operar como fator integrativo da escolha, por parte do juiz, entre as possíveis reconstruções dos fatos resultantes das provas.*¹⁸⁵

Além disso (e essa constatação é de suma importância), “a noção de *congruência narrativa* ostenta um corte nitidamente *racionalista*. Embora narrativista, ela não perde suas conexões com o mundo e postula a manutenção de referências extralinguísticas”.¹⁸⁶ Com efeito, vale reiterar que a coerência narrativa serve para a *justificação do convencimento*, pressupondo uma ideia de racionalidade que remete à inteligibilidade do mundo fenomênico.

Em síntese, se por um lado deve-se considerar, para a formulação do juízo de fato, tanto a prova como persuasão como a prova como demonstração, deve-se, também, considerar tanto a verdade como correspondência como a verdade como coerência em seu sentido fraco, sendo verdadeiro critério para o estabelecimento da verdade (como correspondência).

Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio). In: **Rivista di Diritto Processuale**, anno LVI, n. 1, gen./mar. 2001, p. 73-74; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.159.

¹⁸³ PASTORE, Baldassare. **Giudizio, Prova, Ragion Pratica: un approccio ermeneutico**. Op. cit. p. 212. Na mesma direção, alvitra Michele Taruffo que “una prospettiva rigorosamente narrativistica implica di ritenere che la decisione giudiziaria non abbia nulla a che vedere con l'accertamento della verità dei fatti e che il processo debba soltanto premiare – come si trattasse di un concorso letterario – la storia narrativamente migliore” (TARUFFO, Michele. *Il fatto e l'interpretazione*. In: **Revista de Processo**, v. 227, jan. 2014, p. 38).

¹⁸⁴ Refere o autor, por exemplo, que “se debe subrayar que las narrativas coherentes y persuasivas pueden ser falsas o – como sucede con las novelas – que no pretendan ser verdaderas. Éste es el principal argumento para rechazar cualquier teoría de la verdad como mera coherencia en el contexto judicial (TARUFFO, Michele. **La Prueba**. Op. cit. p. 28). O mesmo autor, em um recente estudo sobre o tema, afirma: “la concezione della verità come mera coerenza narrativa non abbia spazio né valore nel contesto del processo. Il processo non può fare a meno di fondarsi su una concezione realistica della verità come *corrispondenza* della descrizione dei fatti alla loro realtà effettiva. In base a questa concezione (...) un enunciato o un insieme di enunciati che descrivono uno o più fatti sono veri se questi fatti si sono realmente verificati, e sono falsi se gli stessi fatti si sono verificati nel mondo della realtà esterna” (Idem. *Verità e processo*. Op. cit. p. 72).

¹⁸⁵ TARUFFO, Michele. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Op. cit. p. 293.

¹⁸⁶ KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. Op. cit. p. 42.

2 O VALOR PROBABILÍSTICO NO JUÍZO DE FATO

Inicialmente, deve ser esclarecido que a ideia de que o “provável” permeia o processo não é nova, conforme demonstra a historiografia. De fato, já no pensamento medieval havia a ideia de que um vasto campo do conhecimento é provável, no sentido de que vai além de uma determinação científica, além de se ter vinculada essa ideia à investigação dos limites e das técnicas da *ratio probabilis*, sendo que, neste setor, era possível o recurso à prova. Como corolário, uma proposição provável não poderia ser expressa em termos de “verdade” ou “falsidade”.¹⁸⁷ Exaltava-se a “prudência” do juízo e, conseqüentemente, uma plena consciência dos limites da razão no raciocínio provável.¹⁸⁸ Posteriormente, já na segunda metade do século XIII, a ideia da probabilidade ainda está presente, mas sob perspectiva diferente: há a característica do empírico e objetivo e, no terreno processual, a verdade judicial ou formal representa um modo para se chegar à verdade real.¹⁸⁹

As coisas não se passam de modo muito diferente atualmente. Com efeito, na “busca de uma racionalização do convencimento judicial, é comum a identificação da certeza judicial com a probabilidade”.¹⁹⁰

Para corroborar essa constatação (ou seja, de que atualmente só é possível falar em “probabilidade” no terreno processual), deve-se partir das constatações já lançadas: *(i) a verdade, de qualquer sorte, importa no processo; (ii) a verdade é funcional para a obtenção de uma decisão justa; (iii) o que importa é simplesmente a verdade, devendo-se, ainda, compatibilizar a verdade como correspondência com a verdade como coerência.*

Conforme já se adiantou brevemente¹⁹¹, nada obstante estas conclusões, “o processo responde a toda uma série de princípios em sua conformação que são tão mais importantes como aquele da busca pela verdade”.¹⁹² Se, por um lado, é

¹⁸⁷ GIULIANI, Alessandro. **Il Concetto di Prova**: contributo alla logica giuridica. Milano: Giuffrè, 1971, p. 116.

¹⁸⁸ Ibidem, p. 167.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 185-186.

¹⁹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. Op. cit. p. 38.

¹⁹¹ Vide *supra* item 1.2.

¹⁹² AROCA, Juan Montero. **La Prueba en el Proceso Civil**. Op. cit. p. 44.

legítimo apontar que o processo civil deve buscar a verdade, por outro, não se deve fazer disso um único objetivo.¹⁹³

Com efeito, há “vários fatores que contrastam com a procura pela verdade no âmbito do processo”.¹⁹⁴ Nessa direção, pode-se citar “o caráter conflituoso do processo”, as “dificuldades de obtenção da prova dos fatos nas circunstâncias geralmente acanhadas que cercam a investigação judicial”, as “limitações materiais do juiz”, as “restrições ainda hoje existentes para a admissão de certas provas”, a “proeminência legal concedida à prova documental, sem falar nas reservas detalhadas e formalistas estabelecidas para certos meios de prova”; do mesmo modo, ainda na mesma linha, não se pode olvidar que “proibido o *non liquet*, o órgão judicial com ou sem prova não se pode eximir ao seu dever de julgar, e então entram em cena as regras de julgamento pertinentes aos ônus da prova, baseadas na experiência”, mas que nem sempre possuem “exata correspondência na realidade dos fatos”.¹⁹⁵

A partir disso, é possível constatar que a questão da verdade no processo se coloca de forma paradoxal: se, por um lado, a verdade importa, de modo que ela deve ser um dos objetivos no âmbito judicial, de outro, é lícito concluir que as especificidades do processo judicial evidenciam que o conhecimento da verdade é relativo.

Entretanto, *o paralelismo apontado é superado se for adotado o modelo do juízo probabilístico de fato*. Deve ser destacado, porém, que, conforme já se pode perceber, o conceito central para esse modelo é o da “probabilidade” e não o da “verossimilhança”.

A propósito, vale lembrar que é comum a confusão dentre os referidos conceitos, sobretudo porque envolve o termo alemão “Wahrscheinlichkeit”, que efetivamente possui significado ambíguo, podendo significar tanto probabilidade

¹⁹³ ROSITO, Francisco. A prova e os modelos de constatação na formação do juízo de fato. In: **Revista de Processo**, ano 33, n. 157, mar. 2008, p. 55. Conforme foi referido pelo *Justice Black*, no caso *Williams v. Florida* (399 U.S. 78 1970), “A criminal trial is, in part, a search for truth. But it is also a system designed to protect “freedom” by insuring that no one is criminally punished unless the State has first succeeded in the admittedly difficult task of convincing a jury that the defendant is guilty”.

¹⁹⁴ TARUFFO, Michele. Verità e probabilità nella prova dei fatti. Op. cit. p. 216. Nessa direção, Mirjan Damaška lembra que “various lists have been compiled of these countervailing considerations: privacy and human dignity, the demand for stability in decisionmaking, and cost figure prominently among them” (DAMAŠKA, Mirjan R. Truth in Adjudication. Op. cit. p. 301).

¹⁹⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 176.

como verossimilhança¹⁹⁶, apesar de Piero Calamandrei ter adotado o segundo sentido.¹⁹⁷

Aliás, segundo o doutrinador italiano, o juízo de verossimilhança não possui ligação com a “representação probatória” dos fatos, estando conectada com as máximas de experiência, ou seja, com aquilo que normalmente acontece¹⁹⁸, e que por isso mesmo não é formado com base nas provas, senão com base nas alegações.¹⁹⁹ De outro lado, porém, talvez até mesmo de modo contraditório, Piero Calamandrei refere que a verossimilhança serve como critério de valoração da prova, sendo inclusive um método de seleção e eliminação do material probatório, de modo a admitir somente “os meios de prova que, pela verossimilhança do *thema probandum*, apresentam-se *prima facie* com uma certa garantia de credibilidade e, portanto, com uma certa probabilidade de resultado positivo”.²⁰⁰

Como se pode perceber, na concepção de Piero Calamandrei, não há definição clara entre verossimilhança e probabilidade, tanto que o próprio autor confirma que há certa confusão entre os conceitos, aduzindo que “possível é aquilo que pode ser verdadeiro; verossímil é aquilo que tem a aparência de ser verdadeiro”, enquanto que provável seria “aquilo que se pode provar como verdadeiro”.²⁰¹

Por outro lado, Michele Taruffo critica o posicionamento adotado por Calamandrei, sustentando uma dicotomia entre os conceitos de probabilidade e verossimilhança. Isso porque verossimilhança está relacionada com uma asserção sobre o fato que corresponde a uma hipótese plausível segundo a ordem normal das coisas, prescindindo, portanto, de elementos probatórios²⁰², enquanto que a probabilidade é relativa a “uma proposição factual, ou ao seu grau de fundamentação, de credibilidade e aceitabilidade com base nos elementos de prova”.²⁰³

¹⁹⁶ A lembrança é de TARUFFO, Michele. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Op. cit. p. 159; MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. Op. cit. p. 50.

¹⁹⁷ É o que se constata quando Piero Calamandrei procede à tradução da afirmação “*aller Beweis ist richtig verstanden nur Wahrscheinlichkeitsbeweis*”, no sentido de que “*tutte le prove, a ben guardare, non sono che prove di verossimiglianza*” (CALAMANDREI, Piero. *Verità e verossimiglianza nel processo civile*. In: **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano, 1972, v. 5, p. 615).

¹⁹⁸ CALAMANDREI, Piero. *Verità e verossimiglianza nel processo civile*. Op. cit. p. 623.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 628.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 629 e 632.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 621.

²⁰² TARUFFO, Michele. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Op. cit. p.164.

²⁰³ *Ibidem*, p.163. Sobre uma visão crítica a respeito da classificação feita por Michele Taruffo, ver FLACH, Daisson. **A Verossimilhança no Processo Civil e sua Aplicação Prática**. São Paulo:

Em outros termos, segundo essa ideia, a “*probabilidade* constitui descrição em maior ou menor grau aproximada da verdade”. Desse modo, afirmar “que determinada alegação é provável significa dizer que a proposição corresponde em determinada medida à verdade. Isso quer dizer que a *probabilidade* concerne a uma *alegação concreta* e indica a existência de válidas razões para tomá-la como correspondente à *realidade*”, enquanto que a verossimilhança “apenas indica a conformidade da afirmação àquilo que *normalmente acontece (id quod plerumque accidit)* e, portanto, vincula-se à simples *possibilidade* de que algo tenha ocorrido ou não em face de sua precedente ocorrência em geral”.²⁰⁴

Pelo que se pode perceber, Michele Taruffo rechaça de modo peremptório a confusão entre verossimilhança e probabilidade. Segundo ele, probabilidade e verossimilhança são fenômenos distintos, sobretudo porque a verossimilhança ou a não-verossimilhança de um enunciado são irrelevantes do ponto de vista da veracidade ou falsidade de um enunciado (pois a relação gravita em torno da correspondência do enunciado com aquilo que ordinariamente acontece), ao passo que a probabilidade, contrariamente, relaciona-se com a existência de razões válidas para considerar que um enunciado seja verdadeiro ou falso.²⁰⁵

Entretanto, a concepção de Michele Taruffo possui premissa falsa. Conforme se pode facilmente perceber, a noção de verossimilhança, segundo Michele Taruffo (e inclusive Piero Calamandrei), envolve precipuamente o uso das máximas de experiência, as quais, de um modo geral (pelo menos as chamadas máximas de experiência comuns), derivam justamente daquilo que ordinariamente acontece (*id quod plerumque accidit*). Ocorre, porém, que as máximas de experiência possuem estreita relação com a probabilidade, pois é justamente sobre esse elemento (a

Revista dos Tribunais, p. 70 e 73; REICHELTL, Luis Alberto. **A Prova no Direito Processual Civil**. Op. cit. p. 195, nota de rodapé 133.

²⁰⁴ MITIDIÉRO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. Op. cit. 99.

²⁰⁵ TARUFFO, Michele. **La Semplice Verità**: il giudice e la costruzione dei fatti. Op. cit. p. 90.

probabilidade) que se funda a idoneidade das máximas de experiência.²⁰⁶ Aliás, o próprio Michele Taruffo não desconsidera por completo esse aspecto.²⁰⁷

Por essas razões, *a verossimilhança também está relacionada com a probabilidade.*

Entretanto, não se pode desconsiderar a conceituação proposta por Michele Taruffo, pois, por um lado, confere critérios claros e precisos para a diferenciação entre os conceitos analisados (verossimilhança e probabilidade). Daí porque se faz necessária uma *reclassificação das categorias*, o que implica na probabilidade *lato sensu*, a qual engloba a verossimilhança e a probabilidade *stricto sensu*, esta última ligada ao juízo de fato e que influencia a decisão judicial final.²⁰⁸

Assim, de modo definitivo, *a ideia de que o contexto de descobrimento trabalha nos domínios do provável.*

Explica-se: o juiz, de qualquer maneira, deve ter a consciência de que o juízo de fato (cuja formulação, como se sabe, até mesmo em razão do que se disse até aqui, é imprescindível para a formulação do juízo de direito), *será construído apoiando-se somente em mera probabilidade (em sentido estrito)*, a qual, vale consignar, encontra-se colocada em uma zona intermediária entre a dúvida e a certeza.²⁰⁹ Afinal, o “pressuposto do juízo é a dúvida”, de forma que “o processo

²⁰⁶ Nesse sentido, GROSS, Marco Eugênio. **A Categoria das Máximas de Experiência no Âmbito do Livre Convencimento do Juiz e o seu Controle pelo Superior Tribunal de Justiça.** Op. cit. p. 22-23; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova.** Op. cit. p. 146. Também ressaltam o caráter probabilístico das máximas de experiência DENTI, Vittorio. *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice.* In: **Rivista di Diritto Processuale**, n. 27, 1972, p. 423 e TONINI, Paolo. **A Prova no Processo Penal Italiano.** Traduzido por Alexandra Martins e Daniela Mtóz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 55.

²⁰⁷ Michele Taruffo afirma que “poder-se-ia talvez pensar em uma versão *probabilística* das máximas de experiência, incluindo-se nesse conceito as generalizações incompletas e as regras de natureza quase-geral; essas *regras*, contudo, não dariam sustentação a deduções silogísticas, senão a meras ilações probabilísticas, o que implicaria uma transformação substancial do conceito originário de máxima de experiência” (TARUFFO, Michele. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz.* In: **Revista da Escola Paulista de Magistratura**, v. 2, n. 2, jul./dez. 2001, p. 188). Esse ponto também é lembrado por FLACH, Daisson. **A Verossimilhança no Processo Civil e sua Aplicação Prática.** Op. cit. p. 70.

²⁰⁸ A conclusão aqui exposta é corroborada por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, ainda que sob viés um pouco diferente: segundo os autores “a verossimilhança (poder-se-ia chamar de *stricto sensu*, para diferenciá-la do gênero, que abrange todas as espécies) importa na aparência de verdade que se tem com base no contraditório limitado, ainda incipiente; pode-se equipará-la à noção de *fumus boni iuris*, típico da tutela cautelar”. Por outro lado, “a probabilidade, máxima aproximação da verdade ideal possível para o conhecimento humano, é aquela particularizada pelo procedimento com a garantia do contraditório pleno; o debate que constrói a cognição (a argumentação dialética) é completo, permitindo a total interação entre os sujeitos do conhecimento” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova.** Op. cit, p.50).

²⁰⁹ ROSONI, Isabella. **Quae Singula non Prosunt Collecta Iuvant:** la teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna. Milano: Giuffrè, 1995, p. 241.

centra-se em eventos humanos e, portanto, diz respeito à probabilidade”.²¹⁰ Afirma-se, inclusive, *que não se exige nem mesmo a plena convicção judicial da verdade em relação aos fatos, mas somente a probabilidade de determinado grau.*²¹¹ Desse modo, o que se obtém no processo é, no máximo, um juízo de probabilidade.²¹²

Isso, contudo, não significa o desprezo pela verdade, até mesmo porque verdade não é antônimo de probabilidade, sobretudo porque *toda verdade encerra um juízo de probabilidade.*²¹³ Vale dizer: ao fim e ao cabo, a verdade que se consegue no processo é relativa, justamente porque ela é produzida no contexto de uma pesquisa que encontra todas as limitações que estão conectadas a partir das incompletas e provisórias informações utilizadas na formação da prova.²¹⁴ Com efeito, a averiguação dos fatos não captura a realidade como uma fotografia, um retrato; é uma simples reconstrução.²¹⁵ Note-se, contudo, que essa relatividade diz respeito, ao *conhecimento da verdade*, que se baseia sobre razões pelas quais é provável que o convencimento seja verdadeiro.²¹⁶

Ou seja, “a verdade não pré-existe ‘sic et simpliciter’ para a pesquisa como algo já dado e estranho à atividade de reconstrução, e é sim o resultado, apesar de ser suscetível a mais aprofundamento”.²¹⁷

Mas, embora relativa (no sentido de que o seu conhecimento é relativo), isso não implica que essa verdade não seja objetiva. Ao contrário: ela efetivamente é objetiva, porquanto “não é fruto das preferências subjetivas e individuais do juiz, ou de outros sujeitos, mas se funda sobre razões objetivas que justificam o convencimento do juiz e derivam dos dados cognoscitivos que resultam das provas”,²¹⁸ não havendo, portanto, *espaço para o conhecimento intuitivo.*²¹⁹

²¹⁰ A constatação é de PASTORE, Baldassare. **Giudizio, Prova, Ragion Pratica**: um approccio ermeneutico. Op. cit, p. 44 e 191.

²¹¹ MÜLLER, Christoph Markus. **Anscheinsbeweis im Strafprozeß**. Op. cit. p. 30.

²¹² ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O problema da verdade no processo civil**: modelos de prova e de procedimento probatório. Op. cit. p. 127.

²¹³ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. Op. cit. p. 98. A ideia é corroborada por Nicola Mannarino, o qual refere que “il fatto che tale conoscenza sia probabile, non certa e fallibile non vale as escludere che si tratti pur sempre di conoscenza del reale” (MANNARINO, Nicola. **La Prova nel Processo**. Op. cit., p. 268).

²¹⁴ MANNARINO, Nicola. **La Prova nel Processo**. Op. cit., p. 272.

²¹⁵ WASSERMANN, Rudolf. **Der Soziale Ziviprozeß**. Neuwied und Darmstadt: Herman Luchterhand Verlag, 1978, p. 124.

²¹⁶ TARUFFO, Michele. **La Semplice Verità**: il giudice e la costruzione dei fatti. Op. cit. p. 83

²¹⁷ MANNARINO, Nicola. **La Prova nel Processo**. Op. cit., p. 62-63.

²¹⁸ TARUFFO, Michele. **La Semplice Verità**: il giudice e la costruzione dei fatti. Op. cit. p. 83.

²¹⁹ BRÜGGEMANN, Jürgen. **Die richterliche Begründungspflicht**. Op. cit. p. 161.

Tudo isso desemboca, como já se pode perceber, *no juízo probabilístico de fato*²²⁰, o qual reclama que o julgador, com o objetivo de se atingir o mais alto grau de probabilidade em relação às hipóteses, deve levar em consideração não somente o caráter persuasivo da narração que é escolhida como base para a decisão, mas sobretudo se ela é fundada sobre provas e, por isso mesmo, dotada de uma base de veracidade.²²¹

Além do mais, o modelo de juízo probabilístico de fato também é compatível com a vinculação teleológica da prova e verdade, pois bem evidencia que dizer que algo está provado não significa dizer que algo é verdade (o que, ademais, também é útil para a superação do paralelismo antes apontado).

Do mesmo modo, mais uma vez, pode-se verificar que é possível (*principalmente em um juízo probabilístico*) uma compatibilização entre a verdade como coerência e a verdade como correspondência. Ora, de um lado, a despeito de o juízo de fato se encerrar em juízo de probabilidade, deve o julgador levar em consideração a verdade como correspondência, justamente para que se atinja, *tanto quanto possível*, uma maior probabilidade em relação à concretização das hipóteses fáticas narradas pelas partes. Nessa perspectiva, leva-se em consideração *aquela hipótese que possui maior base de material probatório disponível*. Por outro lado, a verdade como coerência não pode ser desconsiderada, porquanto o julgador, para a sua decisão, deverá escolher aquela narração que, além de se fundar sobre fatos cuja existência ou inexistência foram provados (verdade como correspondência), exponha os acontecimentos fáticos entre si compatíveis (verdade como coerência), devendo, ainda, serem congruentes com o conjunto de hipóteses provados.²²²

De qualquer modo, a ideia de probabilidade acerca da existência ou não de um determinado fato se apresenta como ponto fundamental na investigação judicial²²³, *sendo inerente ao livre convencimento do juiz*.²²⁴ Afinal, até mesmo diante

²²⁰ A propósito, Giovanni Canzio aduz expressamente que “il tessuto connetivo di ogni valutazione decisoria consiste in un giudizio probabilistico”. (CANZIO, Giovanni. **La Valutazione della prova scientifica fra verità processuale e ragionevole dubbio**. Disponível em: <<http://www.archiviopenale.it>>. Acesso em 29 maio 2013, p. 02.

²²¹ TARUFFO, Michele. Funzione della prova: la funzione dimostrativa. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno LI, n. 3, sett. 1997, p. 566-567.

²²² TARUFFO, Michele. Funzione della prova: la funzione dimostrativa. Op. cit. p. 567-568.

²²³ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier. **La Motivación de las Resoluciones Judiciales**. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 301.

²²⁴ Nessa direção, alvitra Nevio Scapini que “il libero convencimento del giudice si traduce nella scelta dell'ipotesi <più probabile> o <preferibile> conseguentemente alla valutazione del materiale probatorio

de tudo o que se expôs, é inevitável a conclusão de que só obtemos algo próximo à verdade.²²⁵

Assim, resta analisar, a partir de agora, as espécies de probabilidades e quais delas possuem relevância na investigação judicial e, conseqüentemente, no contexto de descobrimento.

2.1 A PROBABILIDADE QUANTITATIVA (MATEMÁTICA OU PASQUALIANA)

Antes de tudo, convém destacar que, de um modo geral, a probabilidade quantitativa está ligada a aspectos matemáticos e se refere à medida da incerteza de um fenômeno do qual não se pode afirmar nem a falsidade (ou inexistência) nem a verdade absoluta (ou existência).²²⁶ Há, porém, dois tipos de probabilidade quantitativa: a *objetiva* e a *subjativa*.

Ao que tudo indica, a *probabilidade quantitativa objetiva* é um *aperfeiçoamento da probabilidade clássica*.

Com efeito, o conceito de probabilidade encontra as suas origens na segunda metade do século XVII e reconduz ao pensamento de Pascal e Fermat que fornecem uma *enunciação em termos de cálculo de “chances”*. Posteriormente, o tema foi desenvolvido com todas as suas implicações lógicas e matemáticas na obra de Laplace, considerado o verdadeiro fundador da chamada *probabilidade clássica*, entendida como a relação entre os números de casos favoráveis e o número de todos os casos possíveis.²²⁷

No início do século passado, porém, o tema, foi mais uma vez aperfeiçoado, apontando-se, então, para a *probabilidade-frequência*, segundo a qual a probabilidade deve ser determinada empregando-se metodologias próprias de análises estatísticas dos fenômenos de massa.²²⁸

acquisito” (SCAPINI, Nevio. **La Prova per Indizi nel Vigente Sistema del Processo Penale**. Op. cit. p. 244).

²²⁵ DAMAŠKA, Mirjan R. Truth in adjudication. Op. cit. p. 297.

²²⁶ TARUFFO, Michele. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Op. cit. p. 168. Também, nesse sentido, MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. Op. cit. 101.

²²⁷ MARCHEIS, Chiara Besso. Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno XLV, n. 4, dic. 1991, p. 1120. Também nesse sentido, no que se refere ao conceito de probabilidade clássica, MÜLLER, Cristoph Markus. **Anscheinsbeweis im Strafprozeß**. Op. cit. p. 86.

²²⁸ MARCHEIS, Chiara Besso. Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto. Op. cit. p. 1121.

Daí, portanto, o que atualmente se define como *probabilidade quantitativa objetiva*, a qual, conforme já se adiantou, indica especificamente a *frequência com a qual certo fato se verifica dentro de uma classe ou série de fenômenos mais gerais*.²²⁹ Ou seja, a probabilidade objetiva “atribui valores a partir dos resultados de numerosas observações de eventos passados”.²³⁰ Não é por menos que a probabilidade quantitativa objetiva também é conhecida como probabilidade-estatística ou probabilidade-frequência.

Entretanto, costuma-se apontar que essa espécie de probabilidade é inadequada para fins de aplicação junto ao direito probatório, justamente porque não diz absolutamente nada acerca do que efetivamente importa para o processo, que são os *atos individuais*. Ou seja, “no processo não importa determinar a frequência com a qual os homens solteiros maiores de 60 anos, com título universitário, matam suas irmãs”, mas, ao contrário, “se João matou sua irmã (o qual, ainda que seja solteiro, maior de 60 anos, com título universitário, é independente daquela frequência)”.²³¹ O que se depreende disso é que *os fatos são, de qualquer forma, caracterizados pela sua singularidade, de modo que não faz sentido relacioná-los com frequência-estatística*.²³²

A propósito, o famoso caso do “ônibus” bem demonstra a inadequação da probabilidade quantitativa objetiva no âmbito do processo. Originariamente, *Mrs. Smith* alegou que estava dirigindo seu carro quando foi surpreendida por um ônibus que a obrigou a fazer uma manobra, o que culminou com o abalroamento de seu veículo com outro automóvel que estava estacionado. Embora nenhum dado estatístico tenha sido objeto de análise, *Mrs. Smith* demonstrou que a única empresa

²²⁹ TARUFFO, Michele. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Op. cit. p. 169; FERRER BELTRÁN, Jordi. **La Valoración Racional de la Prueba**. Op. cit. p. 94; MARCHEIS, Chiara Besso. Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto. Op. cit. p. 1121; MITIDIÉRO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. Op. cit. p. 101.

²³⁰ CALLEN, Craig R. Notes on a Grand Illusion: some limits on the use of bayesian theory in evidence law. In: **Indiana Law Review**, vol. 57, n. 1, 1982, p. 03. Em sentido aproximado, John Kaplan afirma: “For many years most mathematicians and statisticians defined the probability of an event's occurring in a given trial as the proportion of times that such an event would occur as the number of exactly similar trials approached infinity. We shall call this “objective” probability. Thus the objective probability of a coin coming up heads in a given throw would be the ratio of heads to total tosses of the coin as the number of identical tosses approached infinity, or, presumably, 1:2” (KAPLAN, John. Decision theory and the factfinding process. In: **Stanford Law Review**, v. 20, 1967-1968, p. 1066).

²³¹ FERRER BELTRÁN, Jordi. **La Valoración Racional de la Prueba**. Op. cit. p. 98.

²³² BRINKMANN, Moritz. **Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht**. Op. cit. p. 26. Gerhard Walter também alvitra que “el cálculo numérico del valor probatorio de un medio de prueba es posible solo por excepción” (WALTER, Gerhard. **La Libre Apreciación de la Prueba** (investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial). Op. cit. p. 200.

de ônibus responsável pela linha percorrida em que ocorreu o acidente era de responsabilidade de *Rapid Transit, Inc.*, de modo que o ônibus somente poderia pertencer à referida empresa. Entretanto, na oportunidade, conforme foi referido pelo *Justice Spalding*, as alegações da demandante não passaram de “meras conjecturas”, sobretudo porque, embora a requerida efetivamente tivesse a *única* “franquia” para operar na linha em que ocorreu o acidente, isso, por si só, “não impede ônibus privados ou fretados de utilizar a rua” em que ocorreu o infortúnio, de modo que “o ônibus em questão poderia muito bem ter sido utilizado por outra pessoa que não o réu”. Mais adiante, foi ressaltado que “o *máximo* que poderia ser dito sobre a prova (“evidence”) do caso é que, talvez, *as chances matemáticas* favorecem um pouco a proposição de que um ônibus do réu causou o acidente”, o que, porém, “*não é suficiente*”.²³³

Com efeito, este caso bem demonstra que no âmbito do direito (e no processo) não “interessa o acerto pela causalidade”, pois “uma decisão judicial não está justificada, ainda que declare provada a hipótese verdadeira, se o fizer por causalidade”.²³⁴

Tanto isso é verdade que no referido julgamento de *Smith v. Rapid Transit, Inc* foi feita menção ao caso *Sargent v. Massachusetts Accident Co.*, em que, por sua vez, foi dito que a “proposição é provada por meio da *preponderância de provas* se isso é feito com o objetivo de parecer mais plausível ou provável, no sentido de que o real convencimento de sua verdade, derivada das provas, existe na mente ou no espírito do tribunal, não obstante quaisquer dúvidas que ainda possam lá permanecer”.²³⁵

De outro lado, a *probabilidade quantitativa subjetiva* visa *racionalizar* a incerteza gerada sobre o acontecimento ou não de determinado evento.²³⁶ Especificamente, representa “a medida de convencimento racional acerca do evento, ou seja, o grau ao qual é racional considerar que seja verdadeira a

²³³ *Smith v. Rapid Transit, Inc.*, 317 Mass. 469, 58 N.E.2d 754 (1945). O caso é lembrado, com algumas variações, por TRIBE, Lawrence H. *Trial by Mathematics: precision and ritual in the legal process*. In: **Harvard Law Review**, v. 84, n. 06, apr. 1971, p. 1340-1341, bem como por FERRER BELTRÁN, Jordi. **La Valoración Racional de la Prueba**. Op. cit. p. 98, os quais se referem ao caso do “ônibus azul”.

²³⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi. **La Valoración Racional de la Prueba**. Op. cit. p. 101.

²³⁵ *Sargent v. Massachusetts Accident Co.*, 307 Mass. 246, 250, 29 N.E.2d 825, 827 (1940). No original: “[A] proposition is proved by a preponderance of the evidence if it is made to appear more likely or probable in the sense that actual belief in its truth, derived from the evidence, exists in the mind or minds of the tribunal notwithstanding any doubts that may still linger there”.

²³⁶ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier. **La Motivación de las Resoluciones Judiciales**. Op. cit. p. 303.

proposição que o afirma”²³⁷, levando-se em consideração certo elemento do juízo.²³⁸ Em síntese, a probabilidade quantitativa subjetiva está ligada ao grau de convicção de uma pessoa.²³⁹

No particular, ganha relevância o Teorema de Bayes²⁴⁰, que nada mais é do que uma técnica matemática que se aplica ao raciocínio judicial e que tem o intuito de resolver o problema do conhecimento, determinação e valoração dos fatos, expressando em *graus de probabilidade* uma medida numérica que seja mais próxima à evidência de seu acontecimento.²⁴¹ Mais precisamente, visa justamente a solucionar as críticas referentes à prova estatística, mediante a sua combinação com prova não-estatística.²⁴²

Em sua versão simplificada, o teorema é assim formulado:

$$P(H/E) = \frac{P(E/H)}{P(E/não-H)} \cdot P(H)$$

Onde:

P (H/E): significa a probabilidade de *H*, dado um evento *E*.

P (E/H): frequência estatística com o que, considerando-se *H*, ocorre *E*.

P (E/não-H): frequência estatística com o que, não ocorrendo *H*, ocorre *E*.

P (H): probabilidade atribuída a *H* antes de saber se *E* ocorreu.²⁴³

²³⁷ TARUFFO, Michele. **La Prova dei Fatti Giuridi**. Op. cit. p. 169. Conforme Daniel Mitidiero, a probabilidade subjetiva “concerne à aferição do *grau de crença racional* na ocorrência ou não de certo evento a partir de determinado elemento de julgamento” (MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. Op. cit. p. 101). Marina Gascón Abbelán, por sua vez, alvitra que “la <probabilidad subjetiva> indica el grado de creencia personal de un *facfinder* racional sobre el acaecimiento de um suceso incierto” (GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los Hechos en el Derecho**: bases argumentales de la prueba. Op. cit. p. 146, nota de rodapé 105).

²³⁸ FERRER BELTRÁN, Jordi. **La Valoración Racional de la Prueba**. Op. cit. p. 108.

²³⁹ MÜLLER, Cristoph Markus. **Anscheinsbeweis im Strafprozeß**. Op. cit. p. 89.

²⁴⁰ CALLEN, Craig R. Notes on a Grand Illusion: some limits on the use of bayesian theory in evidence law. Op. cit. p. 03; TARUFFO, Michele. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Op. cit. p. 169.

²⁴¹ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier. **La Motivación de las Resoluciones Judiciales**. Op. cit. p. 306.

²⁴² ABELLÁN, Marina. **Los Hechos en el Derecho**: bases argumentales de la prueba. Op. cit. p. 147. Conforme Michael O. Finkelstein e Michael O. Fairley, em clássico ensaio sobre o tema, “Consistent with this approach, it has been said that statistical evidence of the kind we have been considering should normally not be sufficient to support an identification unless accompanied by other evidence that would form the basis for a “prior” estimate of identity. 2 This is an intuitive idea, but one that can be justified. We use Bayes’ theorem for this purpose” (FINKELSTEIN, Michael O.; FAIRLEY, William B. A Bayesian Approach to Identification Evidence. In: **Harward Law Review**, vol. 83, n. 3, jan. 1970, p. 498).

²⁴³ A fórmula e os significados de seus elementos são assim apresentados por GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los Hechos en el Derecho**: bases argumentales de la prueba. Op. cit. p. 147. Em sentido aproximado, TRIBE, Lawrence H. **Trial by Mathematics**: precision and ritual in the legal process. Op. cit. p. 1353, que assim demonstra:

$$P(X/E) = \frac{P(E \& X)}{P(E)} = \frac{P(E/X) \cdot P(X)}{P(E)}$$

Conforme refere Marina Gascón Abellán, aplicado à valoração da prova, o teorema indica a probabilidade subjetiva de H , considerando-se que se conheça a verdade de E (“posterior probability”) que experimentará uma variação a respeito da probabilidade subjetiva atribuída a H antes de se saber que E era verdadeiro (“prior probability”). Essa variação, porém, é proporcional à força probatória de E , que pode ser quantificada mediante a relação entre $P(E/H)$ e $P(E/não-H)$.²⁴⁴

Um exemplo conferido pela autora ajuda a esclarecer o ponto: H pode ser a proposição de que “a impressão digital encontrada na faca pertence ao acusado”, enquanto que E é *um novo elemento de prova*, qual seja, de que “a impressão digital encontrada na faca coincide com a do acusado”. $P(H)$ representa a probabilidade subjetiva atribuída precedentemente a H pelo julgador diante do material probatório inicial (de que “às vezes, o acusado havia golpeado a vítima” e que “na noite anterior tiveram forte desentendimento”). A partir disso, a fórmula de Bayes indica *o grau que o conhecimento do novo elemento de prova deverá influir na valoração final da probabilidade do tema da prova*.²⁴⁵ Ou seja, o teorema de Bayes, assim compreendido, “é legalmente significativo porque oferece um meio pelo qual uma estimativa de probabilidade sobre um assunto em questão pode ser revista à luz de um novo elemento de prova probabilística, i.e., como a ‘prior probability’ pode ser revisitada à luz de novos dados para chegar a uma ‘posterior probability’”.²⁴⁶

O que se evidencia é que referido método de cálculo tem como objetivo determinar o índice de probabilidade de uma hipótese fática de acordo com os meios de provas relevantes²⁴⁷, residindo especificamente neste aspecto o atrativo da teoria, pois é inegável que a fórmula produz valores quantitativos determinados com base em um cálculo matemático²⁴⁸, de modo que, em tese, confere critérios

O referido autor assim explica a fórmula: “This simply asserts that the probability of X being true if E is known to be true, designated $P(X/E)$, may be determined by measuring how often, out of all cases in which E is true, will X also be true- that is, by calculating the ratio of $P(E \& X)$ to $P(E)$. That ratio, in turn, equals $P(E/X) - P(X)$ divided by $P(E)$, which completes the equation in Bayes' Theorem”. Ainda a respeito do teorema, REICHEL, Luis Alberto. **A Prova no Direito Processual Civil**. Op. cit. p. 196-197, nota de rodapé 136.

²⁴⁴ GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los Hechos en el Derecho**: bases argumentales de la prueba. Op. cit. p. 147-148. Em sentido análogo, CATALANO, Elena Maria. Prova indiziaria, probabilistic evidence e modelli matematici di valutazione. In: **Rivista di Diritto Processuale**, v. 51, n. 2, 1996, p. 519.

²⁴⁵ Ibidem, p. 148.

²⁴⁶ McCORD, David. Primer for the nonmathematically inclined on mathematical evidence in criminal case: People v. Collins and beyond. In: **Washington and Lee Law Review**, v. 47, 1990, p. 748.

²⁴⁷ TARUFFO, Michele. **La Prueba** Op. cit. p. 31.

²⁴⁸ Idem. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Op. cit. p. 171.

objetivos em um campo onde efetivamente o subjetivismo e a incerteza sempre estão presentes.²⁴⁹

Entretanto, a probabilidade quantitativa subjetiva, assim entendida, não é imune a críticas. A propósito, percebe-se que um dos pontos fracos da teoria está justamente na “prior probability”, que é o grau de probabilidade inicial conferido pelo julgador a uma determinada hipótese fática antes de se aportar novo elemento de prova. Explica-se: é inegável que a probabilidade inicial pode ser distinta para dois sujeitos, de modo que, conseqüentemente, a probabilidade final também o será. Portanto, é absolutamente possível que dois juízes distintos possam chegar a resultados probatórios diversos a partir *dos mesmos elementos de prova*, o que demonstra que o raciocínio probabilístico subjetivo não se mostra suficiente para apontar qual é a *valoração adequada*.²⁵⁰ Mas não é só isso. Se o valor da “prior probability” for muito baixo, conseqüentemente também será muito baixo o resultado da valoração final, *desimportando se a probabilidade indicada pelo novo elemento de prova for alto*.²⁵¹

Além do mais, a teoria não leva em consideração a possibilidade de que demais elementos de prova possam eventualmente ir de encontro com a “prior probability”, bem como outros fenômenos essenciais para a valoração da fundamentação das hipóteses fáticas, como, por exemplo, a natureza do material

²⁴⁹ Idem. **La Prueba** Op. cit. p. 32.

²⁵⁰ FERRER BELTRÁN, Jordi. **La Valoración Racional de la Prueba**. Op. cit. p. 111-112.

²⁵¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los Hechos en el Derecho: bases argumentales de la prueba**. Op. cit. p. 149-150. Um exemplo conferido por Craig Callen cofirma o que foi dito, ou seja, de que o ponto fraco da teoria reside na “prior probability”. Assim refere: “Suppose that the only witness to an auto accident (the parties to the accident are comatose due to injuries caused by the accident) is the Catholic archbishop. Plaintiffs guardian calls the archbishop to testify that the defendant was exceeding the speed limit, that the street was icy, and that the defendant's car went through two 360-degree skids before colliding with the plaintiffs car. The archbishop further testifies that the plaintiffs car was parked in a legal parking place within six inches of the curb. On cross-examination, much to the chagrin of defendant's counsel, the archbishop demonstrates that he has 20-10 vision and testifies that he was a policeman with considerable experience in high-speed driving and accident investigation before he entered the seminary. Juror *J*, who has never driven an automobile, and has considerable difficulty estimating the speeds of taxis or buses in which he has ridden, concludes the archbishop's testimony is somewhat unreliable because no one can estimate the speed of automobiles with complete confidence. *J*'s estimate of the prior probability of negligence with respect to the speed of defendant's automobile should be lower than the estimates of those who considered the archbishop's testimony reliable. *J* would not, strictly speaking, be dealing with an estimation of the prior probability based on the evidence submitted at trial. Rather, if *J* used his own judgment in making subjective probability estimates, *J* would be reaching conclusions based on testimony received at trial and on his own rules of inference; in other words, based on rules of inference derived by *J* from his observations outside the courtroom, *J* would reach conclusions about the weight of evidence and inferences derived from that evidence” (CALLEN, Craig. Notes on a grand illusion: some limits on the use of bayesian theory in evidence law. Op. cit. p. 16-17).

probatório, a “falsidade” da prova e a ocorrência de outros elementos probatórios.²⁵² Daí porque o teorema de bayes somente tem utilidade se a probabilidade subjetiva estimada é realizada *como a verdade* de toda a inferência material baseada na prova.²⁵³ Em outras palavras, “a fórmula só viabiliza a quantificação da probabilidade de determinada hipótese se existem à disposição do interessado dados que revelem a probabilidade prévia do elemento inicial de julgamento”, de modo que “o teorema de Bayes apenas fornece um método matemático para extração de conclusões coerentes com os dados disponíveis, mas não assegura a correção dos dados prévios empregados para obtenção dos resultados”.²⁵⁴

Ou seja, a probabilidade quantitativa subjetiva, com base no teorema de Bayes, *não submete a qualquer tipo de controle as hipóteses fáticas iniciais*, carecendo, assim, de qualquer justificação externa.²⁵⁵

2.2 “EVIDENTIARY VALUE MODEL”

Ao lado da probabilidade quantitativa, alude-se a um segundo modelo, denominado como “Evidentiary Value Model” ou “Evidence Value Method” (EVM).

Essa teoria tem o objetivo de estabelecer o grau de probabilidade segundo o qual os elementos de provas disponíveis confirmam a hipótese sobre o fato.²⁵⁶ Daí a afirmação de que “a tese” dessa doutrina “pode ser sintetizada na visão da decisão do juiz, acerca da verdade de um fato, como puro juízo de verossimilhança, e na consequente rejeição de um convencimento do juiz entendido como ‘certeza pessoal’”.²⁵⁷ Com efeito, percebe-se que um dos escopos dessa concepção é, sobretudo, o de demonstrar que o processo de valoração da prova não é algo intuitivo, mas racional²⁵⁸, tanto que a EVM compartilha as seguintes premissas

²⁵² TARUFFO, Michele. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Op. cit. 174-175.

²⁵³ CALLEN, Craig. Notes on a grand illusion: some limits on the use of bayesian theory in evidence law. Op. cit. p. 39.

²⁵⁴ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. Op. cit. p. 102.

²⁵⁵ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier. **La Motivación de las Resoluciones Judiciales**. Op. cit. p. 308-309.

²⁵⁶ TARUFFO, Michele. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Op. cit. p. 182.

²⁵⁷ PATTI, Salvatore. Libero convencimento e valutazione delle prove. Op. cit. p. 500-501. Convém destacar que, nada obstante o autor, ao conceituar o modelo analisado, faça menção à “verossimilhança”, entende-se, até mesmo em razão do que foi dito no item “2”, que o termo que melhor se coaduna com a proposta seria “probabilidade”.

²⁵⁸ BRINKMANN, Moritz. **Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht**. Op. cit. p. 36.

fundamentais da teoria bayesiana: (I) o objeto da “crença” são proposições que exprimem “hipóteses” e “informações” sobre a verdade das hipóteses; (II) a “fé” na verdade das proposições é quantificável por meio do cálculo da probabilidade; (III) o cálculo de probabilidade é um sistema de lógica no qual é possível demonstrar dedutivamente que o crer com um certo grau de probabilidade na verdade de certas proposições implica que possamos crer com um certo grau em outras proposições; (IV) o teorema de Bayes é a regra para calcular a probabilidade de que uma certa proposição *A* seja verdadeira, dado que se conheça que é verdadeira uma outra proposição *B*, que contém informações relevantes para a verdade de *A*.²⁵⁹

Nada obstante o ponto em comum entre a EVM e a teoria clássica bayesiana, há de outro lado uma diferença fundamental, que “consiste na observação de que, sendo a proposição *A* um *factum probandum* e *B* um *factum probans*, o que é relevante e interessa ao juiz não é tanto estabelecer a verdade da proposição *A*, mas estabelecer que existe uma *apropriada relação probatória entre A e B*”.²⁶⁰

Estabelecidas essas premissas, cumpre analisar o funcionamento dessa teoria.

Conforme Per Olof Ekelöf, que é um dos precursores dessa teoria, os graus de probabilidade somente podem ser expressos por meio de termos vagos, como plausível, provável, certo ou óbvio.²⁶¹ Desse modo, o autor, partindo do pressuposto de que a avaliação da prova por parte das cortes judiciais é “particularmente difícil” em razão dos fatos em questão pertencerem ao passado, de modo que não foram observados com qualquer atenção ou cuidado especial, aduz que o que permanece disponível para a percepção atual não permite nenhuma conclusão segura a respeito da prova. Portanto, é “natural” que o julgador proceda a uma avaliação da “cadeia de provas” (“chain of evidence”), em que cada “link” tem um valor probatório limitado. Isso fica bem evidenciado na prova testemunhal, em que o julgador infere, a partir da *declaração* da testemunha sobre *as suas observações* do fato, acerca da

²⁵⁹ GARBOLINO; Paolo. Introduzione. In: GÄRDENFORS, Peter; HANSSON, Bengt; SAHLIN, Nils-Eric. **La Teoria del Valore Probatorio: aspetti filosofici, giuridici, e psicologici**. Milano: Giuffrè, 1997, p. IX-X. Também, nesse sentido, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. Op. cit. p. 45.

²⁶⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. Op. cit. p. 45-46.

²⁶¹ EKELÖF, Per Olof. Free Evaluation of Evidence. EKELÖF, Per Olof. Free Evaluation of Evidence. In: TWINING, William; STEIN, Alex (eds). **Evidence and Proof**. Aldershot: Dartmouth, 1992, p. 141.

questão fática. Assim, a “força persuasiva” de determinada circunstância depende do grau de probabilidade com a qual essa circunstância foi provada.²⁶²

Nessa direção, ganha especial destaque os fatos auxiliares. Explica-se: o resultado probatório é fruto do fato probatório em conjunto com os fatos auxiliares a ele ligados. Por exemplo, levando-se em consideração a declaração de uma testemunha, deve-se, a partir disso, concluir sobre a confiabilidade das suas recordações e de suas observações, e somente a partir disso é que se pode concluir sobre o fato observado; entretanto, o valor probatório das recordações e observações da testemunha dependerá necessariamente de diferentes fatos probatórios auxiliares: as recordações dependem da qualidade de sua memória, e as observações, da sua capacidade visual. Esses dados, porém, somente serão fornecidos por meio de máximas de experiência.²⁶³

Além do mais, a teoria ganha destaque no que se refere à convergência probatória. Per Olof Ekelöf, utilizando um exemplo, assim propõe: imagine-se um caso envolvendo acidente automobilístico, em que há dois fatos que comprovam que um dos carros envolvidos no infortúnio estava acima de 60 milhas por hora: o primeiro é a marca da frenagem e o segundo é uma testemunha que presenciou a colisão. De outro lado, examinando-se casos similares, foi possível vislumbrar que cada um desses fatos probatórios (“evidentiary facts”), em três a cada quatro casos, corresponde a uma descrição fiel da realidade, enquanto que o quarto caso não possui nenhum valor no que concerne à velocidade do carro. Desse modo, considerando-se que cada fato probatório é independente, o valor dessa convergência probatória deve ser maior que $\frac{3}{4}$. Por conseguinte, a marca da frenagem demonstra que o automóvel estava em velocidade superior a 60 milhas por hora em 12 de 16 casos análogos, enquanto que o mesmo fato é comprovado por testemunha em três casos, num universo de quatro casos. Consequentemente, a força persuasiva dessa convergência probatória deve ser de 15/16.²⁶⁴

A partir disso, verifica-se-se que o modelo propõe o cumprimento de determinados critérios de relevância acerca da relação entre os fatos probatórios (“evidentiary facts” - EF) e o tema de prova (“evidenciary theme” - ET), pressupondo

²⁶² Ibidem, p. 142-143.

²⁶³ Idem. Le mie riflessioni sul valore probatorio. In: GÄRDENFORS, Peter; HANSSON, Bengt; SAHLIN, Nils-Eric. **La Teoria del Valore Probatorio**: aspetti filosofici, giuridici, e psicologici. Milano: Giuffrè, 1997, p. 03-04.

²⁶⁴ EKELÖF, Per Olof. Free Evaluation of Evidence, Op. cit. p. 146.

a existência de mecanismos probatórios²⁶⁵. Ou seja, há exigência do “fato a ser provado” (ET) e os “fragmentos de provas” (EF), que irão ou não confirmar a hipótese, enquanto que os “mecanismos probatórios” funcionam como o elo (“link”) entre o EF e o ET.²⁶⁶ São esses, portanto, os três elementos do EVM.²⁶⁷

Conforme Per Olof Ekelöf, EF significa um fato relevante para o resultado da ação (“action”) por meio de sua força persuasiva (“convincing force”), enquanto que o fato a ser provado se consubstancia no ET, e que pode ser tanto o “fato decisivo” (“ultimate fact”), ou seja, um fato que é importante em razão das consequências legais que dele advém, ou um fato que é considerado mero indício do qual a existência do “fato final” é assumida conclusivamente.²⁶⁸

Ou seja, segundo essa teoria, deve-se estimar a probabilidade existente entre uma relação causal entre o tema da prova (hipótese) e o fato probatório (a prova em si), e não propriamente a probabilidade a respeito do tema da prova. Em outras palavras, *o “evidentiary value model” supõe que a atenção seja voltada à probabilidade do mecanismo probatório (a relação causal) considerando-se a prova, e não a probabilidade do tema da prova.*²⁶⁹

Daí a constatação de que “enquanto para a teoria bayesiana o que importa é estabelecer o grupo de probabilidade da preposição *A* segundo a *frequências de bases* (...), a *EVM* tem por finalidade estabelecer o grau de probabilidade segundo o qual os elementos de prova disponíveis confirmam a preposição *A*”.²⁷⁰

Uma explicação conferida por Sören Halldén ajuda a esclarecer a questão. Considerem-se as seguintes proposições: *H* significa o tema da prova, ou seja, aquilo que deve ser valorado; os dados iniciais são conferidos por *E*, enquanto que a proposição *A* informa sobre os dados registrados por *E* e o tema *H*. O seguinte esquema representa o que foi dito:

²⁶⁵ KLAMI, Hannu Tapani; HATAKKA, Minna; SORVETULLA, Johanna. Burden of proof. Truth or law? In: **Scandinavian Studies in Law**, v. 34, 1990, p. 131; REICHELTL, Luis Alberto. **A Prova no Direito Processual Civil**. Op. cit. p. 201.

²⁶⁶ SAHLIN, Nils-Eric; RABINOWICZ, Wlodek. The evidentiary value model. In: GABBAY, Dov M.; SMETS, Philippe (eds). **Handbook of Defeasible Reasoning and Uncertainty Management Systems**, v. 1, 1998, p. 249.

²⁶⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. Op. cit. p. 46.

²⁶⁸ EKELÖF, Per Olof. Free Evaluation of Evidence. Op. cit. p. 136-137, nota de rodapé 04.

²⁶⁹ SAHLIN, Nils-Eric. La gente ragiona secondo il modello del valore probatorio? Una nota. In: GÄRDENFORS, Peter; HANSSON, Bengt; SAHLIN, Nils-Eric. **La Teoria del Valore Probatorio: aspetti filosofici, giuridici, e psicologici**. Milano: Giuffrè, 1997, p. 107-108.

²⁷⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. Op. cit. p. 46.

$E = B$ acontece;

$A = B$ foi causado por C

$H = C$ aconteceu ²⁷¹

É precisamente o significado de A que deve ser especificado, pois o *valor* da prova pode depender dessa especificação.²⁷² Imagine-se, assim, que E significa que Tício foi assassinado (“ B acontece”), enquanto que A corresponde à proposição de que Tício foi assassinado por Mércio (“ B foi causado por C ”), e que H significa a proposição de que Mércio é o assassino (“ C aconteceu”). Concretamente, portanto, o *mecanismo probatório* se refere sobretudo à hipótese A . Afinal, se uma testemunha tem algo a dizer sobre referido assassinato (hipótese “ A ”), mas se descobre que ela o afirmou com base no que uma criança lhe disse, não há dúvidas que o valor conferido ao seu testemunho será muito baixo.²⁷³

Ao que tudo indica, reside especificamente nesse ponto a virtude do modelo ora analisado. Afinal, essa concepção valora positivamente as máximas de experiência, no sentido de que os elementos de provas, ao fim e ao cabo, deverão necessariamente ser valorados à sua luz. Além do mais, ao colocar no centro do problema os “mecanismos probatórios”, afasta-se o “abstrativismo do modelo bayesiano”, que se utiliza das frequências de base, sobretudo porque leva em consideração os elementos de prova existentes, os quais são necessários para determinar a probabilidade da hipótese.²⁷⁴

O seguinte exemplo bem evidencia a diferença entre o “EVM” e a probabilidade baseada do teorema de Bayes: em uma cidade operam duas companhias de táxi, uma delas com carros azuis e a outra com automóveis verdes. 85% dos carros são azuis e os outros 15% são verdes. Um táxi atropelou uma pessoa durante a noite e fugiu, sendo que uma testemunha ocular identificou o carro como sendo um táxi verde. O juiz do processo judicial correspondente submeteu a testemunha a uma perícia para identificar corretamente a sua capacidade de identificação das cores dos carros em condições de visibilidade noturna. Em 80% dos casos, a identificação foi correta, sendo que nos outros 20% a testemunha se

²⁷¹ HALLDÉN, Sören. I meccanismi probatori. In: GÄRDENFORS, Peter; HANSSON, Bengt; SAHLIN, Nils-Eric. **La Teoria del Valore Probatorio**: aspetti filosofici, giuridici, e psicologici. Milano: Giuffrè, 1997, p. 142-143.

²⁷² Ibidem, p. 142.

²⁷³ Ibidem.

²⁷⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. Op. cit. p. 46.

confundi entre as duas cores. Assim, surge a pergunta: qual será a probabilidade de que o táxi envolvido no acidente seja realmente verde, como afirmou a testemunha? Segundo o teorema de Bayes, deve-se levar em consideração a “frequência base”, que, no caso proposto, corresponde tanto à informação de que 15% dos táxis são verdes, como a capacidade da testemunha em identificá-lo corretamente em 80% dos casos. Já no âmbito do *EVM*, o “tema de prova” está representado pela hipótese de o táxi verde ter sido o responsável pelo acidente; o “fato probatório” é a declaração da testemunha que aduziu ter visto que o táxi era verde e, derradeiramente, o “mecanismo probatório” é aquilo que liga a cor do táxi com a declaração da testemunha. No particular, portanto, a frequência das diferentes colorações do táxi é prescindível, sobretudo porque inexistente mecanismo probatório que conecte essa frequência com o tema de prova.²⁷⁵ Desse modo, a testemunha aduziu que o táxi era verde, e que efetivamente era verde, unicamente porque em 80% dos casos essa mesma testemunha identifica corretamente a cor do táxi, e não porque havia 15% de táxis verdes.²⁷⁶

O modelo, porém, possui deficiência teórica e prática. *A deficiência teórica* parte da ideia de que o *EVM*, conforme foi exposto pelo menos por Per Olof Ekelöf, considera que o tema da prova (ET) pode ser, ao fim e ao cabo, um indício (afinal, relembre-se que, segundo ele, o ET pode também ser “um fato que é considerado mero indício do qual a existência do ‘fato final’ é assumida conclusivamente”). Contudo, assim colocada a questão, *há uma clara confusão entre os conceitos de presunção e indício*. Explica-se: de um modo geral, indício e presunção são fenômenos diversos, embora complementares, pois o primeiro é premissa relativa ao fato conhecido, enquanto que o segundo é a conclusão que versa sobre o fato a ser provado.²⁷⁷ Desse modo, *a partir do indício, que é o fato conhecido, chega-se à conclusão do fato a ser provado.*²⁷⁸ O modelo da “Evidentiary Value Model”, entretanto, considera equivocadamente que o tema da prova é o indício, quando, na verdade, é a presunção.

²⁷⁵ GÄRDENFORS, Peter. Racionamento probabilístico e valore probatorio. In: GÄRDENFORS, Peter; HANSSON, Bengt; SAHLIN, Nils-Eric. **La Teoria del Valore Probatorio: aspetti filosofici, giuridici, e psicologici**. Milano: Giuffrè, 1997, p. 44-45 e 47.

²⁷⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Ríghi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. Op. cit. p. 48.

²⁷⁷ MANNARINO, Nicola. **La Prova nel Processo**. Op. cit. p. 191

²⁷⁸ GROSS, Marco Eugênio. **A Categoria das Máximas de Experiência no Âmbito do Livre Convencimento do Juiz e o seu Controle pelo Superior Tribunal de Justiça**. Op. cit. p. 45.

A *deficiência prática* está consubstanciada na ausência de critérios objetivos para se averiguar o valor probatório atribuído aos elementos de prova. Embora o intuito da teoria seja a elaboração de verdadeira teoria da prova (ou, mais especificamente, do convencimento suficiente do julgador), não há qualquer evidência da *quantificação* necessária dos valores dos elementos de prova para se considerar provada determinada hipótese.²⁷⁹ Ou seja, pode-se afirmar, com segurança, que, *nada obstante o escopo de se conferir maior racionalidade na valoração da prova, sobretudo por meio da determinação de valores aos fatos probatórios (e, portanto, ao fim e ao cabo, por meio de indicações matemáticas), a teoria não indica objetivamente a graduação de cada elemento probatório, o que evidentemente prejudica o resultado final da valoração da prova.* Em outras palavras, o escopo da teoria “Evidenciary Value Model” é o de tornar calculável o resultado da prova judiciária, *embora não determine um elemento essencial do cálculo.*²⁸⁰

2.3 PROBABILIDADE INDUTIVA OU LÓGICA

O modelo da probabilidade indutiva ou lógica, diferentemente da probabilidade quantitativa, *não leva em consideração a frequência estatística entre o indício e o tema de prova*; ao contrário, a probabilidade de uma hipótese se apoia *em sua conexão lógica com as provas por meio de regras gerais e mede o grau de apoio (indutivo) que as provas proporcionam às hipóteses.*²⁸¹ Em síntese, a probabilidade indutiva ou lógica é essencialmente não-matemática²⁸², sendo útil,

²⁷⁹ Conforme refere Michele Taruffo, “rimane solitamente indeterminato il fattore fondamentale dell’intera teoria, ossia l’*evidenciary value* di partenza. Quando infatti si tratta di determinare il dato di base del calcolo, ossia il valore da attribuire al singolo elemento di prova, si dice che tal valore è *presupposto* o *ipotizzato*. Rimane tuttavia che presupporre o ipotizzare un valore numerico fittizio di un elemento di prova potrà essere utile per mostrare come potrebbe funzionare un calcolo fondato su valori numerici attribuiti agli elementi di prova, ma non dice nulla sul problema di base, ossia sul modo di determinare davvero il valore numerico degli elementi di prova nel caso concreto” (TARUFFO, Michele. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Op. cit. p. 184).

²⁸⁰ Ibidem, p. 193, nota de rodapé 177.

²⁸¹ ABELLÁN, Marina Gascón. **Los Hechos en el Derecho: bases argumentales de la prueba**. Op. cit. p. 155. Também nesse sentido, MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. Op. cit. p. 102.

²⁸² TWINING, William. Debating probabilities. In: TWINING, William; STEIN, Alex (eds). **Evidence and Proof**. Aldershot: Dartmouth, 1992, p. 159.

portanto, sobretudo naqueles casos em que não é possível mensurar numericamente o resultado em sede de prova.²⁸³

Entretanto, isso não significa que não se pode graduar e comparar o nível do suporte indutivo que cada hipótese possui; significa, somente, que não se pode *quantificar numericamente* a probabilidade de cada uma das hipóteses.²⁸⁴ Nessa esteira, a teoria envolve “uma graduação comparativa ou ordenatória da probabilidade ao invés de uma quantitativa e mensurável”.²⁸⁵

Nesse terreno, *não se trabalham os domínios do verdadeiro ou falso*: simplesmente, o que se pretende determinar é se a hipótese A ou B foi ou não suficientemente comprovada, com base nos elementos probatórios existentes. Desse modo, o termo “probabilidade” significa “demonstrabilidade”. Ou seja, dizer que uma hipótese é provável implica o entendimento de que ela é *demonstrável*, que pode ser *comprovada*, ou seja, que é possível fundamentar a hipótese mediante inferências a partir das provas disponíveis.²⁸⁶ Daí a afirmação de que a hipótese a ser considerada depende da probabilidade que corresponde ao grau da correção inferencial (“inferential soundness”).²⁸⁷

Desse modo, a probabilidade indutiva se apresenta como um modelo que procura controlar a passagem inferencial de um fato conhecido “A” para o fato desconhecido “B”²⁸⁸, o que se realiza a partir de *suportes (apoios) indutivos*, que correspondem essencialmente à correção ou confiabilidade de sua generalização.²⁸⁹

Note-se, portanto, que não se podem confundir os conceitos de suporte indutivo e probabilidade indutiva. Na verdade, são fenômenos diversos, mas complementares. Ou seja, “grosso modo, a probabilidade indutiva de primeira ordem” irá “variar diretamente com o suporte indutivo que existe para a generalização de primeira ordem”. Mais especificamente, “enquanto o suporte pertence mais intimamente e diretamente com condicionais quantificadas universalmente, em relação aos testes de seus resultados, a probabilidade indutiva

²⁸³ REICHEL, Luis Alberto. **A Prova no Direito Processual Civil**. Op. cit. p. 204.

²⁸⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi. **La Valoración Racional de la Prueba**. Op. cit. p. 122.

²⁸⁵ COHEN, L. Jonathan. **The Probable and the Provable**. Oxford: Clarendon Press, 1977, p. 41.

²⁸⁶ ABELLÁN, Marina Gascón. **Los Hechos en el Derecho: bases argumentales de la prueba**. Op. cit. p. 155.

²⁸⁷ COHEN, L. Jonathan. **The Probable and the Provable**. Op. cit. p. 14.

²⁸⁸ KNIJNIK, Danilo. **Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle**. Op. cit. p. 43. Também nesse sentido, MARCHEIS, Chiara Besso. **Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto**. Op. cit. p. 1153.

²⁸⁹ COHEN, L. Jonathan. **The Probable and the Provable**. Op. cit. p. 122 e 167.

pertence à consequência de instâncias-substitutivas de tais relações condicionais de seus antecedentes”.²⁹⁰

Note-se que a *inferência indutiva*, nestes termos, depende necessariamente da utilização de uma máxima de experiência, pois é por meio delas que é possível proceder à generalização e, conseqüentemente, chegar à conclusão. Significa dizer: a probabilidade indutiva da conclusão das hipóteses fáticas *depende da extensão com que os fatos são favoráveis relativamente às generalizações comuns que lhes conectam com a conclusão*.²⁹¹ Desse modo, *no raciocínio ora analisado, há, sobretudo, uma relação de causalidade*, pois as generalizações que servem de fundamento para uma inferência indutiva no campo judicial (que, repete-se, ocorre por meio de máximas de experiência) são leis causais do tipo “se ocorre A normalmente sucede B”.²⁹² Conseqüentemente, *quanto melhor sustentada a generalização, melhor será a probabilidade dela derivada*.²⁹³

Novamente, impõe-se reportar a um exemplo para fins de compreensão do ponto: um policial declara ter descoberto o acusado no jardim de uma casa cujos objetos haviam sido recém furtados, durante a madrugada, sendo que as jóias estavam em seu bolso. Neste caso, procede-se a uma *generalização*, qual seja, de que se os objetos foram retirados do lugar que usualmente se encontram e uma pessoa foi encontrada nas proximidades com os referidos objetos, então foi ele quem procedeu ao furto.²⁹⁴ Nada obstante, é importante observar que essa generalização, para poder ser o fundamento de eventual condenação, deverá resistir às interferências de todos os diversos fatores que possam ser levantados pela defesa²⁹⁵ - afinal, conforme será demonstrado logo adiante, de regra, no processo penal, tem vez o *standard* da “prova além da dúvida razoável”.

De igual maneira, nesse modelo, *a reiteração de uma prova não aumenta o grau do suporte indutivo de uma hipótese*, diferentemente do que ocorre, por exemplo, no “Evidenciary Value Model”. Ao contrário, afirma-se que a probabilidade indutiva é útil para valorar individualmente cada elemento de prova, justamente por

²⁹⁰ Ibidem, p. 41-42.

²⁹¹ Ibidem, p 275.

²⁹² ABELLÁN, Marina Gascón. **Los Hechos en el Derecho**: bases argumentales de la prueba. Op. cit. p. 156.

²⁹³ COHEN, L. Jonathan. **The Probable and the Provable**. Op. cit. p. 202.

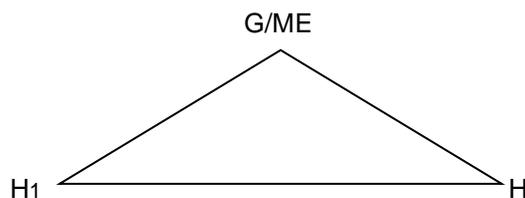
²⁹⁴ COHEN, L. Jonathan. **The Probable and the Provable**. Op. cit, p. 248-249.

²⁹⁵ MARCHEIS, Chiara Besso. Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto. Op. cit. p. 1154-1155.

meio da credibilidade da testemunha, do perito, do documento, etc. Tome-se como exemplo o fato de João ser acusado de ter disparado com arma de fogo em desfavor de Pedro. Neste caso, se três testemunhas declaram ter visto João disparar contra Pedro, isso não significa maior suporte (apoio) à hipótese de efetivamente João ter disparado arma de fogo contra Pedro, *senão que dão maior valor probatório (credibilidade) à declaração da primeira testemunha (ou seja, à proposição de que João foi visto disparando em desfavor de Pedro)*. Em outros termos, neste caso, é necessário inferir H (“João disparou em desfavor de Pedro”) a partir de H₁ (“T₁ viu João disparar contra Pedro”). Essa inferência, entretanto, dependerá, entre outros fatores, necessariamente da *credibilidade* de H₁, e que poderia ser falsa se, por exemplo, T₁ estivesse mentindo porque é inimigo de Pedro ou mesmo se possuísse problema de visão. É precisamente em razão disso que as declarações de T₂ e T₃ no sentido de que também viram João disparar em desfavor de Pedro *servem como suporte (apoio) indutivo à hipótese H₁ (sustentada por T₁)*, o que debilita, por conseguinte, as hipóteses alternativas, como a de que a primeira testemunha havia mentido porque possui inimizade com João.²⁹⁶

Compreende-se, com isso, a afirmação de que o “*grau de confirmação* da hipótese – que mede a sua aproximação da verdade – é fornecido assim pela *confirmação probatória da hipótese* e pela sua *não-refutação pelos elementos disponíveis de prova* constantes dos autos”, sendo que tudo isso também se dá mediante o emprego daquilo que *normalmente acontece* (máximas de experiência).²⁹⁷

Com essas observações, *pode ser identificado na probabilidade indutiva um modelo triangular de inferência*, em que se parte de um fato conhecido e, com base em uma generalização por meio de máxima de experiência, chega-se ao fato desconhecido (que corresponde à hipótese a ser verificada pelo julgador). Esquemáticamente, assim se apresenta o modelo:



²⁹⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi. **La Valoración Racional de la Prueba**. Op. cit. 124-125.

²⁹⁷ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. Op. cit. p.103.

Onde:

H₁ = fato conhecido (“joias foram retiradas de uma residência e Pedro foi encontrado com as joias no jardim dessa residência”)

G/ME= generalização como produto de uma máxima de experiência (“se objetos foram retirados do lugar que usualmente se encontram e uma pessoa foi encontrada nas proximidades com os referidos objetos, então foi ele quem procedeu ao furto”)

H = fato desconhecido (“Pedro furtou joias”)

Portanto, considerando-se que a função da inferência probatória consiste na atribuição de fundamento racional às proposições relativas ao *factum probandum*²⁹⁸, pode-se claramente perceber a virtude da probabilidade indutiva, justamente porque ela leva em consideração a prova que se constitui a base do raciocínio, determinando, por consequência, qual é o tipo de conclusão válida que pode ser obtida²⁹⁹, sendo um modelo absolutamente *racional*. Além do mais, a probabilidade indutiva envolve adequada *metodologia da corroboração das hipóteses*, cuja formulação depende de três requisitos: (i) a hipótese deve estar bem fundamentada, isto é, ser logicamente consistente e significativa (ou com conteúdo semântico), (ii) deve estar em alguma medida fundamentada em algum conhecimento existente e (iii) deve ser empiricamente contrastável.³⁰⁰

Desse modo, a probabilidade indutiva, diferentemente da probabilidade quantitativa e até mesmo da “Evidentiary Value Model”, é um modelo mais *coerente com o raciocínio judicial*, pois simplesmente desconsidera qualquer cálculo matemático para fins de resultado probatório, mediante a valoração dos meios de prova. Por outro lado, o seu uso depende necessariamente da utilização das máximas de experiências.

Assim colocada a questão, pode-se perceber que há, inclusive, uma estreita relação entre a probabilidade indutiva e a coerência narrativa de MacCormick, pois esta última não deixa de ser um raciocínio indutivo que, por meio de generalizações autorizadas pela experiência, igualmente conclui sobre a existência de um fato

²⁹⁸ TARUFFO, Michele. **Studi sulla Rilevanza della Prova**. Padova: Cedam, 1970, p. 247.

²⁹⁹ REICHELTL, Luis Alberto. **A Prova no Direito Processual Civil**. Op. cit. p. 208.

³⁰⁰ FERRER BELTRÁN, Jordi. **La Valoración Racional de la Prueba**. Op. cit. 130.

desconhecido a partir de um fato conhecido³⁰¹, sendo a probabilidade indutiva, por sua vez, relacionada como uma variante do *standard* narrativístico.³⁰²

Em síntese, a “probabilidade lógica parece ser mais adequada, pois restringe os limites da dúvida à dimensão humana, ao mesmo tempo em que ressalta a necessidade de obtenção do maior número de dados possíveis para a inferência probatória. E sublinha, ainda, a importância do método a ser seguido na pesquisa”.³⁰³

³⁰¹ PASTORE, Baldassare. **Giudizio, Prova, Ragion Pratica**: un approccio ermeneutico. Op. cit. p.207-208.

³⁰² KNIJNIK, Danilo. **Os standards do convencimento judicial**: paradigmas para o seu possível controle. Op. cit. p. 43.

³⁰³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 53.

3 O MODELO PROBABILÍSTICO DO JUÍZO DE FATO E SUA NATUREZA

Conforme restou estabelecido, somente é possível fazer referência no processo a um *modelo probabilístico do juízo de fato*. Cumpre, agora, portanto, analisá-lo, bem como a sua natureza.

Com efeito, pode-se perceber que *o valor dos conhecimentos dos fatos pelo juiz é obtido a partir da valoração da prova*, o que envolve necessariamente a *percepção do julgador* e que pela sua própria natureza é eminentemente probabilístico.³⁰⁴ A questão, portanto, situa-se na zona do “contexto de descobrimento”, o qual é o *iter* que levou ou deve levar o juiz ao conhecimento dos fatos que estão sob julgamento³⁰⁵ (ou mais exatamente, das hipóteses fáticas). Em outros termos, trata-se do raciocínio decisório (“context of discovery”), o qual se consubstancia no procedimento que conduz para a formulação de uma determinada solução de um problema.³⁰⁶

A primeira característica do modelo já se evidencia a partir das constatações já lançadas ao longo do trabalho: *(i) a verdade é valorada positivamente, pois, além de possuir relação direta com a segurança jurídica, é funcional para a obtenção de uma decisão justa*.

Entretanto, como é evidente, uma questão central se coloca para a definição do modelo probabilístico do juízo de fato: será que, efetivamente, no âmbito do conhecimento judicial dos fatos, é possível o julgador averiguar os fatos isoladamente? Afinal, o que é uma “questão de fato”? Desse modo, se a atenção se volta justamente para o ponto referente ao “conhecimento judicial dos fatos” (raciocínio decisório), a sua especificação (ou seja, o fato) se torna imprescindível.

A propósito, a definição do conceito de “fato”, que é questão tormentosa³⁰⁷ e foi inclusive definida, ainda no século XIX, como “*perylous chose*”³⁰⁸, já foi vinculada com a própria ideia de verdade. James B. Thayer, em 1890, por exemplo, afirmava que o fato está relacionado com o “ser” (“question of whether it is”), com a sua

³⁰⁴ MANNARINO, Nicola. **La Prova nel Processo**. Op. cit. p. 34-35.

³⁰⁵ ABELLÁN, Marina Gascón. **Los Hechos en el Derecho**: bases argumentales de la prueba. Op. cit. p. 88.

³⁰⁶ TARUFFO, Michele. **La Motivazione della Sentenza Civile**. Padova: Cedam, 1975, p. 214.

³⁰⁷ A propósito, KNIJNIK, Danilo. **O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, *passim*.

³⁰⁸ THAYER, James B. “Law and fact” in jury trials. In: **Harvard Law Review**, v. IV, n. 04, nov. 1890, p.150.

existência (“whether it exists”) e com a questão de se saber se é verdadeiro (“whether it be true”), de modo que “toda a investigação sobre a verdade, (...) a realidade das coisas, são investigações sobre o fato” propriamente dito. Daí que “nada é uma questão de fato se não é uma questão sobre a existência, realidade, verdade de algo, sobre *rei veritas*”.³⁰⁹

Ao que tudo indica, a conceituação acima proposta possui relação com aquilo que foi proposto pela teoria lógico conceitual ou tradicional, que, muito embora seja voltada especificamente para delimitação do acesso às cortes de cassação³¹⁰, define que a questão de fato está vinculada à averiguação dos fatos concretos, enquanto que a subsunção se conecta com as questões de direito.³¹¹ Desse modo, “se subsume sob um conceito jurídico, se trata de (...) uma aplicação da lei; se, ao contrário, se serve de um conceito *natural* (pré-jurídico), sua conclusão pertencerá ao campo da questão de fato ou, em seu caso, *ao da constatação dos fatos*”.³¹² A relação, aqui, mais uma vez, pode ser vinculada à analogia do juiz com a do historiador.³¹³

Entretanto, efetivamente “não se pode imaginar uma precisa distinção entre a obra da ‘reflexão’, geralmente associada à questão de direito, e a obra da ‘percepção’, geralmente associada à questão de fato, porquanto perceber implica, por si só, valorar e refletir”.³¹⁴ Basta pensar em questionamentos simples, como, por exemplo, se um certo ato significa matar ou se determinado ato significa lesão corporal grave.³¹⁵ Conforme refere Anscombe, “toda descrição pressupõe um

³⁰⁹ Ibidem, p. 152.

³¹⁰ De um modo geral, são quatro as teorias doutrinárias que analisam o acesso às cortes de cassação: São elas: (i) teoria lógico conceitual ou tradicional; (ii) teoria teleológica; (iii) teoria do rendimento e (iv) teoria mista. Sobre isso, ver, de um modo geral, BOVE, Mauro. **Il Sindacato della Corte di Cassazione: contenuto e limiti**. Milano: Giuffrè, 1993, p. 29-63 e KNIJNIK, Danilo **O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Op. cit. p. 115-138.

³¹¹ BOVE, Mauro. **Il Sindacato della Corte di Cassazione: contenuto e limiti**. Op. cit. p. 30.

³¹² HENKE, Horst-Eberhard. **La Cuestion de Hecho: el concepto indeterminado em el derecho civil y su casacionabilidad**. Traduzido por Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1979, p. 16-17.

³¹³ Sobre isso, ver, sobretudo, a comparação realizada por Guido Calogero, *supra*, item 1.4.

³¹⁴ KNIJNIK, Danilo. **O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Op. cit. p. 163.

³¹⁵ ZUCKERMAN, Adrian A. S. Law, fact or justice? In: TWINING, William; STEIN, Alex (eds). **Evidence and Proof**. Aldershot: Dartmouth, 1992, p. 255.

contexto normal de procedimento, *mas o contexto sequer é descrito de forma implícita pela descrição.*³¹⁶

Ou seja, até mesmo no contexto de descobrimento (inclusive no conhecimento judicial dos fatos), é temerário fazer alusão a uma questão puramente de fato, pois o processo de seu conhecimento envolve, ao mesmo tempo, uma relação dialética com questões jurídicas. Desse modo, *no âmbito do conhecimento judicial dos fatos não se pode separar completamente o “fato” do “direito”*³¹⁷, *mormente porque no processo de constatação das questões fáticas, o julgador de imediato já procede a reflexões sobre a questão de direito*, máxime se for levado em consideração que “é o direito que define e determina aquilo que no processo constitui ‘o fato’”.³¹⁸ Desse modo, aduzir, por exemplo, que a diferenciação entre “direito” e “fato” implica uma distinção *entre o processo de raciocínio* envolvido nas inferências de direito e de fato³¹⁹, deve ser visto com ressalvas, *mormente porque o convencimento do juiz como momento final da avaliação das provas é, neste sentido, correspondente à individualização da norma a ser aplicada ao caso concreto.*³²⁰

Não se quer dizer, com isso, que não há absoluta diferenciação entre as duas inferências. Afinal, não pode ser desconsiderado que, de qualquer modo, as “proposições de fato são descritivas; conclusões de direito são dispositivas. Proposições de fato estabelecem história; conclusões de direito estabelecem significação legal àquela história”.³²¹ Ao mesmo tempo, porém, deve-se ter a consciência de que no processo as “generalidades legais e os fatos da causa devem funcionar juntos”.³²²

³¹⁶ ANSCOMBE, G. E.N. On brute facts. In: TWINING, William; STEIN, Alex (eds). **Evidence and Proof**. Aldershot: Dartmouth, 1992, p. 247.

³¹⁷ Com efeito, “Fact and law, fact and value, the descriptive and the evaluative, interweave in legal fact-finding and are indissolubly bound” (LAI, Ho Hock. **A Philosophy of Evidence Law: justice in the search for truth**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 9).

³¹⁸ TARUFFO, Michele. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Op. cit. p. 69.

³¹⁹ ZUCKERMAN, Adrian A. S. Law, fact or justice? Op. cit. p. 249. O autor complementa: “In legal reasoning we proceed according to normative rules laid down by the lawmaker or by morality, and we aim to determine what these rules require the citizen or court to do. By contrast, in factual reasoning, it is supposed, we are not concerned with what the rules of law or morality require with what facts exist. To ascertain the facts, it is said, we only have to follow the forms of reasoning which are employed for this purpose in any form of factual inquiry” (ibidem).

³²⁰ PATTI, Salvatore. Libero convencimento e valutazione delle prove. Op. cit. p. 517.

³²¹ MORRIS, Clarence. Law and Fact. In: **Harvard Law Review**, n. 55, 1941, p. 1329.

³²² Ibidem, p. 1303.

O que aqui é proposto é corroborado pelas noções de Espiral Hermenêutica ou Círculo Hermenêutico e Pré-Compreensão.

Segundo a primeira ideia, a formulação do “juízo de fato” e do “juízo de direito” se dá de forma conjunta, em que há um movimento que gravita em torno da norma ao fato e do fato à norma.³²³ Evidencia-se, portanto, um “movimento circular” da compreensão, notadamente porque na *construção do caso* e na *procura da norma* se realiza um processo interpretativo que conduz a comparações, a equiparações, colocando em correspondência elementos originariamente heterogêneos e autonomamente consistentes.³²⁴

Logo, de acordo com o que foi referido por Karl Larenz, “na prática a interpretação da lei e sua aplicação a dada situação de facto não são dois processos mentais completamente separados um do outro, antes se condicionam e interpenetram mutuamente”.³²⁵ O autor Tedesco, aliás, em outra edição de sua obra sobre a “Metodologia da Ciência do Direito”, especifica que há um “esclarecimento recíproco”, consubstanciado em “um processo de pensamento em cujo decurso a <situação de facto bruto> será conformada enquanto situação de facto acabada (como enunciado) e o texto da norma (como que a norma em estado bruto)”.³²⁶

Já de acordo com a Pré-Compreensão, que inclusive é relacionada como verdadeira “condição hermenêutica”³²⁷, há uma antecipação de sentido realizado pelo intérprete³²⁸. Novamente, segundo Karl Larenz, já “no início do processo de

³²³ KNIJNIK, Danilo. **O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Op. cit. p. 38-39.

³²⁴ PASTORE, Baldassare. **Giudizio, Prova, Ragion Pratica: un approccio ermeneutico**. Op. Cit. p.117.

³²⁵ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Traduzido por José de Souza e Brito e José António Veloso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978, p. 354.

³²⁶ Idem. **Metodologia da Ciência do Direito**. Traduzido por José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 395. Para fins de esclarecimento, cumpre destacar que a tradução da obra Larenz lançada no ano de 1978 e citada na nota de rodapé acima, diz respeito à 2ª edição do original. Em contrapartida, a tradução apresentada por José Lamego, e que se faz referência nesta nota de rodapé, foi realizada a partir da 6ª edição original da “Metodologia da Ciência do Direito”.

³²⁷ Segundo Hans-Georg Gadamer, “a primeira de todas as condições hermenêuticas é a pré-compreensão que surge do ter de se haver com a coisa em questão. A partir daí, determina-se o que pode ser realizado como sentido unitário, e, com isso, a aplicação prévia da perfeição” (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 441).

³²⁸ PATTI, Salvatore. **Libero convencimento e valutazione dele prove**. Op. cit. p. 517. Em outras palavras, quem “quiser compreender um texto realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto *lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado*. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ser constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido” (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Op. cit. p. 402).

compreender existe, por regra, uma conjectura de sentido, mesmo que por vezes ainda vaga, que acorre a inserir-se numa primeira perspectiva, ainda fugidia”, sendo a “pré-compreensão”, portanto, praticamente onipresente no intérprete e inclusive imprescindível, pois sem ela “seria difícil, ou de todo impossível, formar-se uma <conjectura de sentido>”.³²⁹

Essa “pré-compreensão”, contudo, não se restringe à matéria jurídica (notadamente as normas), mas também ao juízo de fato. Realmente, não há nenhum óbice em se afirmar que “na mente de quem julga se forma um convencimento da verdade dos fatos que frequentemente precede a sua averiguação”, o que evidentemente implica a necessidade de um controle racional do convencimento do juiz.³³⁰

De qualquer modo, a pré-compreensão do fato concreto “se caracteriza como uma pré-valorização que é submetida a um controle crítico não logicamente definido e uma contínua verificação até o momento em que se realiza o convencimento conclusivo do juiz”. Vale dizer: o intérprete, na abordagem dos eventos e acontecimentos que entram na controvérsia, e para valorá-los, já determina a sua qualificação jurídica.³³¹

*Assim, a ideia da pré-compreensão coloca em evidência que o “iter” lógico seguido pelo juiz em relação aos fatos é paralelo ao referente à individualização da norma a ser aplicada.*³³²

As constatações acima destacadas são corroboradas pela prudência que se deve ter ao se aludir à “interpretação dos fatos”, que, porém, não pode ser negada no âmbito do direito probatório. Com efeito, a “interpretação de textos” (gênero do qual pertence a “interpretação jurídica”) está ligada à ideia de “atribuição de significado”, enquanto que a norma é o *resultado da atividade interpretativa*.³³³⁻³³⁴

³²⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Traduzido por José Lamego. 3. ed. Op. cit. p.285.

³³⁰ PATTI, Salvatore. **Le Prove**: parte generali. Milano: Giuffrè, 2010, p. 70-71.

³³¹ PASTORE, Baldassare. **Giudizio, Prova, Ragion Pratica**: un approccio ermeneutico. Op. Cit. p.119.

³³² PATTI, Salvatore. Libero convencimento e valutazione delle prove. Op. cit. p. 516.

³³³ GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e Argomentare**. Milano: Giuffrè, 2011, p. 07-08. Resumidamente, portanto, “a norma é uma outorga de significado ao texto e a elementos não textuais de ordem jurídica, que são reconstruídos pela atividade do intérprete. É uma atribuição de sentido a um enunciado linguístico. A norma é na verdade a interpretação da norma: ela simplesmente não é antes da sua interpretação. A norma é tomada aí como o resultado da atividade do intérprete” (MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 54).

Ou seja, a norma somente existe após a interpretação. Os fatos, porém, *não dependem de interpretação prévia para existirem*.³³⁵ Portanto, ao se aludir à “interpretação dos fatos”, pelo menos *no âmbito do conhecimento dos fatos*, se está fazendo referência essencialmente a *conjecturas explicativas causais sobre um evento*; por conseguinte, se o fato é oriundo de evento humano, isso significa que, neste caso específico, *a interpretação recai sobre os objetivos e intenções do agente, ou subsumir o ato sob uma classe de atos ou, ainda, qualificá-lo segundo as qualificações ofertadas por uma norma*. Ou seja, “interpretar um fato” significa incluir referido fato dentro de uma classe de fatos, ou subsumir referido fato a uma norma que o disciplina – o que, ao fim e ao cabo, é apenas uma estrita “interpretação de texto normativo”.³³⁶ Basta pensar no homicídio: é evidente que o homicídio ocorreu, não havendo qualquer necessidade de interpretá-lo; de outro lado, o que será objeto de interpretação, justamente para fins de tipificação legal, é a intenção do agente, ou seja, se houve dolo ou culpa. É exatamente nesse ponto que se pode verificar a dificuldade em se diferenciar de forma clara a “questão de fato” da “questão de direito”, sobretudo porque “frequentemente os ‘fatos’ são indistinguíveis da interpretação”.³³⁷ Para ser objetivo: *o contexto da “interpretação dos fatos” é diferente da “interpretação dos textos”: enquanto neste a norma somente existe após a interpretação (ou seja, o significado é produto da interpretação), naquele o fato é preexistente, mas toda a sua dinâmica depende de interpretação, justamente para qualificá-lo juridicamente.*

Daí, portanto, a segunda característica a ser destacada no âmbito do modelo probabilístico do juízo de fato: (ii) no âmbito do conhecimento judicial dos fatos não se pode separar completamente o “fato” do “direito”.

De qualquer forma, o que de comum subjaz a isso tudo é a constatação de que efetivamente o processo de decisão é altamente complexo, sobretudo porque entram em jogo critérios lógicos, jurídicos, cognoscitivos e valorativos de natureza diversa, tudo com o intuito de se proceder a uma escolha com a individualização de

³³⁴ Riccardo Guastini, contudo, para corroborar seu entendimento da diferença entre a “interpretação de textos” e a “interpretação dos fatos”, alude que, diferentemente dos textos, os fatos não possuem significados (GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e Argomentare**. Op. cit. p. 09). Entretanto, não há como negar os diversos significados que um fato específico pode ter: basta pensar no “Beijo de Judas”. Beijo, de acordo com o senso comum, significa um ato de carinho. Contudo, segundo a ideia cristã e o texto bíblico do Novo Testamento, aquele beijo de Judas caracterizou traição.

³³⁵ Até mesmo porque, conforme se aludiu no item 1.4, os fatos existem “fora” do contexto processual.

³³⁶ GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e Argomentare**. Op. cit. p. 09.

³³⁷ ALLEN, Ronald J. The nature of juridical proof. In: **Cardozo Law Review**, v. 13, 1991-1992, p. 395.

uma decisão justa.³³⁸ Para corroborar o que aqui se afirmou, basta pensar nos depoimentos prestados em juízo, em que se devem levar em conta aspectos filosóficos (pois “o depoimento como ato de comunicação intersubjetiva pressupõe uma filosofia da mente humana”), psicológicos (sobretudo porque “na doutrina aristotélica o conhecimento começa pela sensação”, de modo que “ver com os próprios olhos’ é garantia da verdade”³³⁹) e lógicos (que se consubstancia principalmente em um sistema de “regras de exclusão”, pois se deve “selecionar aquilo que é relevante”).³⁴⁰

Todo esse processo, como é fácil perceber, não se dá de modo unilateral. Ou seja, o julgador não procede ao conhecimento dos fatos de forma isolada, pois depende necessariamente daquilo que é formulado pelas partes. Com efeito, conforme já se adiantou³⁴¹, *o processo também é desenvolvido por meio de narrativas*, que são conjuntos ordenados de enunciados formulados pelas partes e que descrevem a modalidade e as circunstâncias relativas aos fatos que dão origem à controvérsia. Outrossim, as narrativas desenvolvidas especificamente pelas partes tem o objetivo de somente justificar a sua versão dos fatos de modo a *persuadir* o

³³⁸ TARUFFO, Michele. **Il Vertice Ambiguo**: saggi sulla c.assazione civile. Bologna: Il Mulino, 1991, p.138.

³³⁹ No particular pode-se perceber claramente a relação com o princípio da imediatidade do juiz com a prova. Com efeito, é comum a afirmação de que a “A maior proximidade do Juízo singular com as partes e com o processo de origem lhe permite dispor de fatos elementos, dirigidos a formar sua convicção, conforme o consagrado Princípio da Imediatidade da prova, de modo que deve ser prestigiada a decisão de Primeiro Grau. Assim, somente em caso de flagrante ilegalidade ou dissonância dos elementos dos autos deve ser alterada a decisão da Primeira Instância”. (Agravo de Instrumento Nº 70055994263, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Glênio José Wasserstein Hekman, Julgado em 21/08/2013). Paolo Tonini, por sua vez, em relação ao direito processual penal italiano, obtempera que o “princípio da imediatidade é atuado quando existe uma relação sem intermediação entre a produção da prova e a decisão final sobre a acusação. Por um lado, há o objetivo de que o juiz tenha contato direto com a fonte de prova (...); por outro lado, visa-se assegurar a existência de identidade física entre o juiz que participa da produção da prova e aquele que profere a decisão final de condenação ou absolvição (...), para permitir uma melhor valoração da idoneidade das declarações” (TONINI, Paolo. **A Prova no Processo Penal Italiano**. Op. cit. p. 88). Convém, porém, ter presente a seguinte crítica, e que é procedente: “esse contato face a face do juiz com as fontes de prova é muito mais importante para a produção consistente da prova do que para sua análise e valoração. A imediação, desejável sob alguns aspectos, não é idônea para fundar qualquer juízo racional sobre as proposições cuja verdade se pretenda aferir. Admitir que assim seja significa atribuir imenso valor a um componente marcadamente irracionalístico e, portanto, incontrolável. É justificação que nada justifica, senão a admissão do conteúdo psicológico da decisão, cujo grau de confirmação é precário e desprovido de adequado suporte metodológico. Em outras palavras, a imediação exerce uma função meramente instrumental em relação ao sistema de livre valoração da prova, não sendo possível afirmar que lhe seja nuclear” (FLACH, Daisson. **Dever de Motivação das Decisões Judiciais na Jurisdição Contemporânea**. 2012. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2012, p.114).

³⁴⁰ GIULIANI, Alessandro. Dialogo e interpretazione nell’esperienza giuridica. In: **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, ano 07, abr./jun. 1983, p. 16-17.

³⁴¹ Ver *supra* item 1.4

jugador, fazendo com que *escolha a hipótese por elas formuladas*. Daí porque as narrações das partes não precisam ser necessariamente verdadeiras, mas *convincentes*.³⁴²

Apesar disso, é óbvio que o que interessa no âmbito do conhecimento judicial dos fatos e, portanto, para o juiz, não são somente as narrações boas, mas aquelas que são boas e verdadeiras, o que implica a adoção de uma concepção narrativística e realista do processo.³⁴³ Narrativística porque, por óbvio, como já se afirmou tantas vezes, o processo depende necessariamente daquilo que é afirmado pelas partes; realista, porque cabe unicamente ao julgador confrontar as narrações, por meio das provas, com a realidade.

A tudo isso deve ser somada a constatação antes analisada de que, na verdade, o que existe é um *modelo probabilístico do juízo de fato*, em que sobressai a probabilidade indutiva, notadamente porque, também conforme já foi ressaltado, confere critérios racionais para a averiguação das questões fáticas. De fato, “um conceito de probabilidade não matemático e fundado essencialmente no *id quod plerumque accidit*”, além de possuir “a vantagem de não impor ao juiz uma bagagem de conhecimento especializado”, revela-se “particularmente adequado para descrever em termos racionais o raciocínio na valoração da prova”.³⁴⁴ Afinal, estabelecida existência de um *modelo probabilístico do juízo de fato* a espécie de probabilidade que tem vez, pelas razões já assentadas, é o da probabilidade indutiva ou lógica.

Surge, assim, a terceira característica do modelo probabilístico do juízo de fato: (iii) o juiz adota concepção narrativística (em sentido fraco) e realista, sendo que se desenvolve por meio da probabilidade indutiva.

Mas também é evidente que na averiguação das questões fáticas, a atenção deve ser voltada aos aspectos peculiares da *escolha* que o juiz realiza no âmbito

³⁴² TARUFFO, Michele. **La Semplice Verità: Il giudice e la costruzione dei fatti**. Op. Cit. p. 205.

³⁴³ É o próprio Michele Taruffo que alude a necessidade de se levar em consideração as narrações boas e verdadeiras, razão porque ele próprio se qualifica como um verdadeiro “realista” e não “narrativista” (TARUFFO, Michele. *Il fatto e l'interpretazione*. Op. cit. p. 38-39). Nada obstante, a (correta) constatação de Michele Taruffo evidencia que, na verdade, deve-se adotar concepção filosófica *narrativista e realista do processo*, justamente porque, ao fim e ao cabo, é imprescindível levar em consideração as narrações formuladas pelas partes, não se olvidando evidentemente que elas devem ter uma relação com a realidade. Essa proposta, ademais, se encontra *supra*, no item 1.4, quando se propõe uma combinação entre a verdade como coerência (em seu sentido fraco ou como um critério) e a verdade como correspondência.

³⁴⁴ MARCHEIS, Chiara Besso. *Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto*. Op. cit. p. 1161.

deste procedimento e que, conseqüentemente, condicionam a decisão final acerca da hipótese considerada verdadeira. Nessa direção, aponta-se para a *natureza cognoscitiva do conhecimento judicial*, pois, afinal, o que deve ser estabelecido é a existência ou inexistência das hipóteses fáticas arguidas.³⁴⁵ Neste modelo cognoscitivista, em que sobressai a verdade como correspondência³⁴⁶, o principal critério de verdade dos enunciados fáticos é o empírico (isto é, os juízos de experiência).³⁴⁷ Em outros termos, “a valoração dos resultados probatórios é uma operação gnoseológica que leva o julgador a considerar averiguada a alegação factual “x” com fundamento na aquisição do meio de prova “y”, mediante o recurso a uma máxima de experiência, com base na qual se pode considerar provavelmente verdadeira (...) a primeira na presença do segundo”.³⁴⁸

Como consequência, a “prova” no conhecimento judicial dos fatos não pode ser vista de forma redutiva, como sendo, por exemplo, o juízo resultante da instrução probatória que confirma a hipótese relativa ao fato a ser provado, mas senão *o juízo com o qual se afirma a verdade dessa hipótese e que se identifica na averiguação do fato sobre o qual se fundamenta a decisão*.³⁴⁹

Nada obstante, conforme já foi dito tantas vezes ao longo deste trabalho, o narrativismo está presente no processo, não podendo, por isso, ser desconsiderado. E, nesse contexto, a função da prova não é cognitiva, mas argumentativa³⁵⁰, função essa, ademais, já ressaltada no trabalho.³⁵¹

O tópico é importante, valendo ser destacado que no modelo probabilístico do juízo de fato, *não se pode aludir a um modelo exclusivamente cognoscitivista, pois isso implicaria unicamente na adoção da prova como demonstração e da verdade como correspondência, ideia essa que já foi afastada ao longo deste trabalho. Assim, há uma função proeminentemente cognitiva, mas também argumentativa (em razão da adoção do modelo narrativístico), o que corrobora também a adoção da verdade como coerência em seu sentido fraco.*

³⁴⁵ TARUFFO, Michele. **La Motivazione della Sentenza Civile**. Op. cit. p. 241.

³⁴⁶ Vale sempre reiterar: efetivamente, no âmbito processual, *sobressai a verdade como correspondência*, o que, de outro lado, não significa que se deve simplesmente desconsiderar a verdade como coerência.

³⁴⁷ GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los Hechos en el Derecho**: bases argumentales de la prueba. Op. cit. p. 89.

³⁴⁸ CARRATTA, Antonio. Prova e convencimento del giudice nel processo civile. In: **Rivista di Diritto Processuale**, anno LVIII, n. 1, gen./mar. 2003, p. 43.

³⁴⁹ MANNARINO, Nicola. **La Prova nel Processo**. Op. cit. p. 241.

³⁵⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. **Ônus da Prova no Processo Penal**. Op. cit. p. 161.

³⁵¹ Vide, a propósito, *supra*, item 1.4.

Daí, portanto, a quarta característica do *modelo probabilístico do juízo de fato*: (iv) o *juízo elaborado é eminentemente cognitivista, mas também argumentativo*.

Ao lado disso, porque diretamente ligado ao “context of discovery” e, portanto, ao conhecimento judicial dos fatos, deve ser analisada a clássica divisão entre o método atomístico e o método holístico.

De acordo com o primeiro, “a decisão sobre o fato deriva de uma concepção analítica dos elementos individuais de prova, das suas respectivas valorações probatórias e das específicas inferências que fundamentam cada um desses elementos”; ou seja, a perspectiva atomística ou analítica se baseia na verdade dos fatos individuais segundo as provas que especificamente confirmam “le relative ipotesi”³⁵², de modo que se atribui valor probatório a distintos elementos de prova e se chega à decisão final mediante a sua reunião e dissociação, com o que cada item é tratado como um seixo que compõe um mosaico.³⁵³

Já conforme o *método holístico*, pelo menos em sua visão mais forte³⁵⁴, a decisão do julgador consiste especificamente na escolha de uma *story* dos fatos da causa entre as diversas que as partes submeteram ao juízo³⁵⁵, com o que as provas são consideradas com base na sua capacidade de fundamentar uma ou outra *story*, de forma global, ou seja, *tomado como um todo*.³⁵⁶ Está na base do método holístico o *narrativismo*³⁵⁷, sobretudo porque se considera que “o critério segundo o qual uma *story* deve ser tomada como verdadeira é essencialmente o da coerência

³⁵² TARUFFO, Michele. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Op. cit. p. 281 e 288.

³⁵³ DAMAŠKA, Mirjan. **Evidence Law Adrift**. Op. cit. p. 35.

³⁵⁴ Michele Taruffo também faz referência a uma visão mais fraca do método holístico, em que “si parla della valutazione complessiva delle prove solo per sintetizzare operazione complicate come quelle che riguardano la valutazione dei singoli elementi di prova, e per sottolineare che esse debbono pur combinarsi in un contesto unitario che determina la decisione finale. Si sottolinea così che i vari elementi di prova possono essere connessi o interferire reciprocamente, e che la valutazione delle prove si fonda spesso su presupposizioni e critério impliciti di valutazione e interpretazione di fatto o comportamenti”. Entretanto, ainda conforme o autor, “in questa versione el metodo olistico non dice in realtà nulla di diverso rispetto a quello atomístico, ed appare piuttosto come una scorciatoia per indicare i modo semplici e sintetico cose che dal punto di vista analitico sono assai più complesso” (TARUFFO, Michele. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Op. cit. p. 282).

³⁵⁵ TARUFFO, Michele. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Op. cit. p. 281.

³⁵⁶ PASTORE, Baldassare. **Giudizio, Prova, Ragion Pratica**: un approccio ermeneutico. Op. cit. p. 199. Em sentido aproximado, Mirjan Damaška lembra que “the ‘holistic’ conception of mental processes suggests that the inquiring spirit cannot disentagle the weight of discrete items of informations from global judgments, or – in a variant of this view – it does not arrive at the decision by assigning values to discrete items of information and then aggregating these values” (DAMAŠKA, Mirjan. **Evidence Law Adrift**. Op. cit. p. 35).

³⁵⁷ TWINING, William. *Lawyers’ stories*. In: **Rethinking Evidence**: exploratory essays. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 309.

narrativa³⁵⁸ e que é “construída a propósito del material probatório”.³⁵⁹ Essa abordagem tem como modelo o “trial” anglo-americano, que precisamente “vê a decisão sobre os eventos sobre os quais se controvertem como uma escolha entre *stories* narradas pelos defensores das partes do *trier of fact*”.³⁶⁰ Significa dizer, portanto, segundo essa rigorosa visão, que os “jurados determinam ‘a verdade’ sobre os supostos acontecimentos passados principalmente mediante a construção e comparação de *stories*, ao invés de avaliar criticamente argumentos a partir das provas”.³⁶¹

Isso tudo remete a um inevitável questionamento: afinal, no conhecimento judicial dos fatos, sobressai o método atomístico ou holístico?

A resposta é simples: nada obstante as críticas a respeito do método holístico³⁶² e inclusive do atomístico³⁶³, não é necessária a adoção de uma dicotomia a respeito. Com efeito, “é um erro tratar o atomismo e o holismo como abordagens rivais ou incompatíveis”.³⁶⁴ Afinal, de qualquer modo, ambas as abordagens “aceitam critérios semelhantes de credibilidade ou plausibilidade de uma teoria ou ‘story’: deve ser compatível com fatos particulares não contestados ou estabelecidos; deve ser internamente consistente; deve ser coerente; e deve estar

³⁵⁸ TARUFFO, Michele. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Op. cit. p. 285.

³⁵⁹ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier. **La Motivación de las Resoluciones Judiciales**. Op. cit. p. 372.

³⁶⁰ PASTORE, Baldassare. **Giudizio, Prova, Ragion Pratica: un approccio ermeneutico**. Op. cit. p. 199.

³⁶¹ TWINING, William. Narrative and Generalizations in Argumentation about questions of fact.. In: **Rethinking Evidence: exploratory essays**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p.336.

³⁶² William Twining, por exemplo, sustenta que os defensores do método holístico “exaggerate the importance of stories in trials”, ignorando “almost entirely such lawyers’ notions as facts in issue, materiality, relevance burdens of proof, presumptions (...)” (TWINING, William. **Lawyers’ stories**. Op. cit. p. 310). Michele Taruffo, além de reiterar as críticas de William Twining, acrescenta que o método holístico considera como critério de decisão a “coerência narrativa”, que, porém, “non abbia nulla a che vedere con la veridicità della narrazione”, o que, ademais, é “un presupposto indiscutibile nell’ambito dele concezioni narrativistiche”, sendo evidente que “ciò che nel processo rileva non è la qualità strutturale della narrazione dei fatti compiuta dall’uno o dall’outro difensore, ma la corrispondenza alla realtà della versione dei fatti che il giudice pone a base della decisione”. Desse modo, “la concezione olistica respinge invece ogni idea di corrispondenza della decisione sui fatti alla realtà empirica, e per conseguenza è indotta a ricercare critério di decisione nel contesto di questa o quella narrazione dei fatti, piuttosto che nel rapporto tra la narrazione e i fatti narrativi” (TARUFFO, Michele. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Op. cit. p. 286-287 e 292). Principalmente, ainda conforme o autor, o método “non indica criterio comprensibili e sicuri per la valutazione <holistica> delle prove” (Ibidem, p. 291).

³⁶³ Jennifer L. Mnookin adverte: “Absolute atomism, therefore, cannot exist. John Donne famously claimed of human beings, ‘no man is an island, entire of itself’; so too, no item of evidence can be wholly judged as ‘an island, Entire of itself’” (MNOOKIN, Jennifer L. Atomism, holism, and the judicial assessment of evidence. In: **UCLA Law Review**, v. 60, 2013, p. 1536).

³⁶⁴ TWINING, William. The rationalist tradition of evidence scholarsip. In: **Rethinking Evidence: exploratory essays**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 81.

em conformidade com aquilo que é variadamente referido como ‘experiência geral’, ‘o curso comum dos eventos’, ‘generalizações de senso comum’ ou ‘the stock of knowledge’ de uma determinada sociedade”.³⁶⁵

Analisando-se mais atentamente os métodos, efetivamente se pode perceber que eles não são necessariamente opostos, senão complementares. Por exemplo, não se pode adotar uma visão redutiva do método atomístico, no sentido de que basta *somente* a análise dos fatos individuais e das valorações dos meios individuais de prova. Com efeito, o próprio John H. Wigmore, nada obstante tenha adotado o método atomístico, afrontava o problema relativo à valoração conjunta e global da prova³⁶⁶, o que, ademais, se trata de algo elementar, inclusive na perspectiva atomística.³⁶⁷ De fato, referido autor, em clássico ensaio em que demonstra sua teoria sobre a análise lógica da prova, que tinha o objetivo de determinar racionalmente os efeitos persuasivos de um conjunto misto de evidências probatórias,³⁶⁸ aduzia ser condição necessária para a aplicação de seu método a demonstração da relação de cada fato probatório (“evidencial fact”) com os demais,³⁶⁹ mas que, ao mesmo tempo, para se chegar a uma conclusão, deveria ser levado em consideração o conjunto probatório.³⁷⁰

Michele Taruffo, por sua vez, refere que há uma relação dialética entre os modelos. Segundo ele, “as provas são admitidas e valoradas seguindo um perspectiva rigorosamente analítica (...). De outro lado, no momento da decisão final, o juiz deve construir uma narração que leva em consideração a inteira situação de fato que constituiu objeto de averiguação”.³⁷¹

De outro lado, o *story model*, que, como visto, é vinculado à abordagem holística, diferentemente do que possa parecer em um primeiro momento, não exclui a apreciação da prova, o que, ademais, seria inconcebível, mas determina a sua

³⁶⁵ Idem. *Lawyers’ stories*. Op. cit. p. 310.

³⁶⁶ TARUFFO, Michele. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Op. cit. p. 292, nota de rodapé 208.

³⁶⁷ Ibidem, p. 282.

³⁶⁸ WIGMORE, John H. The problem of proof. In: TWINING, William; STEIN, Alex (eds). **Evidence and Proof**. Aldershot: Dartmouth, 1992, p. 107.

³⁶⁹ Ibidem, p. 109.

³⁷⁰ Segundo Wigmore, “Many of data, perhaps multifarious, are thrust upon us as tending to produce belief or disbelief. Each of them (by hypothesis) has some probative bearing. *Consequently, we should not permit ourselves to reach a conclusion without considering all of them and the relative value of each*” (WIGMORE, John H. The problem of proof. Op. cit. p. 107).

³⁷¹ TARUFFO, Michele. **La Semplice Verità: il giudice e la costruzione dei fatti**. Op. cit. p. 226.

valoração conjuntamente com as máximas de experiência.³⁷² A propósito, Michael S. Pardo adverte que, embora a teoria holista da prova signifique que “o valor probatório de um elemento particular de prova é, sob uma perspectiva analítica, radicalmente contingente com o valor de outras provas”, ela “não elimina a necessidade de uma análise atomística”.³⁷³

Daí a quinta característica do modelo probabilístico do juízo de fato: (v) a abordagem adotada pelo julgador será atomística e holística.

Isso não significa, porém, que o conhecimento judicial dos fatos pelo juiz se dará *unicamente* mediante atividade de verificação, como, porém, assim sustentam Sergi Guash Fernández e Santiago Sentís Melendo.³⁷⁴ Afinal, a adoção desse posicionamento significa reduzir a atividade do julgador, o que inclusive enfraquece a busca pela verdade, ideal esse, porém, que também deve ser perseguido no modelo probabilístico do juízo de fato.

Ora, aduzir que “a atividade do juiz não é averiguar; essa é a atividade das partes, mas não a do julgador; ao juiz poderá ser necessário esclarecer (...) algum aspecto do que já foi discutido, *mas nunca ir em busca dessa verdade que deveria ter sido trazida pelas partes*”³⁷⁵, vai de encontro com a ideia da iniciativa probatória por parte do julgador. De fato, a concepção de um maior ativismo do juiz na instrução, além de estar em consonância com o aspecto da colaboração processual,³⁷⁶ é “elemento indissociável da efetividade do processo”.³⁷⁷ Além do

³⁷² Ou seja, “the story model (...) posits that the jurors construct a narrative built out of both the evidence and their own experience about how the world works. Jurors use the evidence and their experience together, actively generating a plausible, coherent story out of the evidence and simultaneously fitting the evidence to that narrative framework” (MNOOKIN, Jennifer L. Atomism, holism, and the judicial assessment of evidence. Op. cit. p. 1540).

³⁷³ PARDO, Michael S. Juridical proof, evidence, and pragmatic meaning: toward evidentiary holism. In: **Northwestern University Law Review**, v. 95, n. 1, 2000-2001, p. 401.

³⁷⁴ FERNÁNDEZ, Sergi Guasch. **El Hecho y el Derecho en la Casación Civil**. Barcelona: Bosch, 1998, p. 230; SENTÍS MELENDO, Santiago. **La Prueba**. Op. cit. p. 11.

³⁷⁵ SENTÍS MELENDO, Santiago. **La Prueba**. Op. cit. p. 11.

³⁷⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil**: proposta de um formalismo-valorativo. Op. cit. p. 182. Vale aqui a assertiva de Daniel Mitidiero: “Dentro do processo civil contemporâneo, informado pelo formalismo-valorativo, o ativismo judicial aparece com algo irreversível, sendo essa posição mais diretiva e engajada do Estado-juiz um componente essencial do modelo cooperativo do processo. Ao adjudicar-se iniciativa oficial do magistrado no terreno probatório, além de superar-se uma visão individualista e privatista do processo, própria da cultura francesa do século XIX, prestigia-se ao máximo a igualdade efetiva entre as partes. A comunhão de trabalho resta evidenciada com a iniciativa oficial em tema de prova na medida em que o seu resultado deve ser, necessariamente, submetido ao crivo das partes, possibilitando-lhes influir sobre o valor probante a ser outorgado pelo magistrado. Não se pode falar, ademais, em quebra da imparcialidade e da independência judiciais por obra da possibilidade de instrução por iniciativa oficial, como o ambiente social do processo isonômico chegava a sugerir, porquanto imparcialidade e neutralidade são conceitos que não se confundem. Juiz ativo é o contrário de juiz neutro; um e outro,

mais, o livre convencimento do juiz ou a livre apreciação das provas estão intimamente conectados com a ampla iniciativa probatória por parte do juiz, notadamente porque, se o juiz deve formar a sua convicção de forma livre, é natural (e até mesmo necessário) que ele possa introduzir nos autos os elementos de provas que entende necessários³⁷⁸, o que, além de contribuir com a busca pela verdade, não redundando em autoritarismo judicial.³⁷⁹

Da mesma forma, nada disso implica o entendimento de que o juiz, no conhecimento judicial dos fatos, poderá, por conta própria, aportar ao processo *novos fatos*. Afinal, “o fato principal com que trabalha o órgão judicial é sempre e só fornecido pelas partes”.³⁸⁰ Com efeito, sabe-se que o processo civil começa por iniciativa das partes (art. 262, primeira parte, do Código de Processo Civil), cabendo-lhes, do mesmo modo, a fixação “sobre o que há de se pronunciar o juiz para que logre decidir a causa”³⁸¹ (art. 128 do Código de Processo Civil). Na mesma direção, são os artigos 2º e 141 do novo CPC. Vale dizer: a formulação da causa de pedir é competência exclusiva das partes, assim como os termos da sua pretensão, de modo que ao juiz não é concedida a faculdade de aportar fatos ao processo.³⁸²

Surge, assim a sexta característica do modelo probabilístico do juízo de fato: (vi) nesse âmbito, o juiz desenvolve atividade de averiguação e verificação.

Ainda no âmbito de conhecimento judicial dos fatos em um modelo probabilístico, não pode ser desconsiderada, por óbvio, a *incerteza no juízo sobre os fatos*, de modo que se deve levar em consideração sobretudo *critérios de racionalização por meio da redução da incerteza*³⁸³, em que o julgador deverá ter a consciência de que deverá proceder sobretudo a *escolhas*. Desse modo, o

todavia, podem ser imparciais” (MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 110-111).

³⁷⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. Op. cit. p. 27.

³⁷⁸ POZZA, Pedro Luiz. Sistema de apreciação da prova. In: KNIJNIK, Danilo (coord.). **Prova Judiciária**: estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 234.

³⁷⁹ Assevera Gerhard Walter que “todos los intentos de limitar o de conducir al juez la investigación mediante cualesquiera reglas de prueba, estaban condenados al fracasso. Solo insertando la libre apreciación de la prueba en un tejido de principios procesales *de garantía y de control* se puede obtener tanto una salvaguardia para un posible reconocimiento de la verdade, como también una garantía contro el abuso de esa libertad por parte del juez” WALTER, Gerhard. **La Libre Apreciación de la Prueba** (investigación acerca del significado, las condiciones y limites del libre convencimiento judicial). Op. cit. p. 94-95.

³⁸⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil**: proposta de um formalismo-valorativo. Op. cit. p. 177.

³⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil**: comentado artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 175.

³⁸² AROCA, Juan Montero. **La Prueba en el Proceso Civil**. Op. cit. p. 32.

³⁸³ TARUFFO, Michele. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Op. cit. p. 268.

“alternativo” deve ser visto como verdadeiro “topoi” do pensamento jurídico³⁸⁴, *sobretudo no contexto do descobrimento.*

Com efeito, é até mesmo intuitivo que a *decisão*, ao fim e ao cabo, implica uma escolha de adoção de uma alternativa “verdadeira”, “válida”, “útil”, “justa”. Significa dizer: a decisão consiste essencialmente *na individualização da solução que parece ser a mais justa ou mais correta, diante da situação que o juiz se encontra.* Muito embora a obviedade dessa constatação, ela implica que seja precedida pela formulação de diversas alternativas e pela identificação dos elementos de fato e direito que fundamentam cada uma dessas alternativas. Por conseguinte, a *escolha final*, que é produto do conhecimento judicial dos fatos³⁸⁵, não é nada mais, nada menos, do que a consequência última de uma ou mais concatenações de atos de escolha.³⁸⁶ Note-se, portanto, o ponto: a decisão é formulada por meio de determinações de uma entre várias hipóteses de solução, e *que diz respeito ao reconhecimento da versão dos acontecimentos mais confiável e à determinação da exegese mais adequada dos materiais normativos.* Daí porque a decisão é eminentemente uma escolha prática, que, ao fim e ao cabo, exaure e exclui qualquer outra possibilidade.³⁸⁷

Desse modo, esta é a sétima característica verificada no modelo probabilístico do juízo de fato: (vii) nesse âmbito serão formuladas diversas alternativas com as respectivas identificações de fato e direito e o juiz realizará individualização de uma solução (escolha prática).

A exposição feita até aqui encaminha a discussão para a individualização do *thema probandum*, pois este pode ser definido como um “contexto de hipóteses sobre a verdade ou falsidade de determinados fatos, mesmo que o processo que conduz à sua formulação compreende uma série de escolhas de caráter jurídico e valorativo, e que condicionam a determinação dos fatos a serem provados”.³⁸⁸ Isso significa que a “escolha prática” antes evidenciada relaciona-se diretamente com o *thema probandum*, de modo que o “tema a ser provado” é representado pelo

³⁸⁴ RÖDIG, Jürgen. **Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz.** Berlin: Springer-Verlag, 1969, p. 22.

³⁸⁵ Afinal, segundo Jürgen Rödig, “as possibilidades correspondem a fatos (*Sachverhalten*)” (RÖDIG, Jürgen. **Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz.** Op. cit. p. 21).

³⁸⁶ TARUFFO, Michele. **La Motivazione della Sentenza Civile.** Op. cit. p. 217-218.

³⁸⁷ PASTORE, Baldassare. **Giudizio, Prova, Ragion Pratica:** un approccio ermeneutico. Op. cit. p. 39.

³⁸⁸ TARUFFO, Michele. **La Motivazione della Sentenza Civile.** Op. cit. p. 240.

conjunto dos fatos que é necessário averiguar como fundamento da decisão³⁸⁹ e que, portanto, serão objeto da mencionada escolha. O *thema probandum*, desse modo, é formado por um *conjunto de fatos* cuja existência ou inexistência deve ser creditada para que possam constituir fundamento da decisão judicial.³⁹⁰

A partir disso, pode-se perceber que, no âmbito do conhecimento judicial dos fatos, não se pode confundir objeto de prova com o *thema probandum*, pois são fenômenos distintos. Com efeito, o primeiro, diferentemente do segundo, deve ser entendido como aquilo que se pode provar de um modo geral, ou seja, aquilo sobre o que pode recair a prova, sendo, portanto, uma concepção *objetiva* e *abstrata*. O *thema probandum*, conforme já foi acima especificado, significa aquilo que em cada processo deve ser matéria da atividade probatória, sendo, por conseguinte, uma concepção igualmente objetiva (pois não contempla especificamente a parte que deverá cumprir com seu ônus probatório, o que evidentemente implicaria noção *subjetiva*), mas, de outro lado, *concreta*, notadamente porque recai sobre fatos determinados³⁹¹ e que serão objeto da escolha prática.

Aqui, pois, a oitava característica do modelo probabilístico do juízo de fato: (viii) o objeto de prova é objetivo e abstrato, enquanto que o tema de prova é objetivo e concreto.

Cumprido, pois, lembrar as características identificadas do modelo probabilístico do juízo de fato: *(i) valora-se positivamente a verdade, pois, além de possuir relação direta com a segurança jurídica, ela é funcional para a obtenção de uma decisão justa; (ii) não se pode separar completamente o “fato” do “direito”; (iii) no conhecimento judicial dos fatos, o juiz adota concepção narrativística (em sentido fraco) e realista, sendo que o modelo probabilístico do juízo de fato se desenvolve por meio da probabilidade indutiva; (iv) o juízo elaborado é eminentemente cognitivista, mas também argumentativo. (v) a abordagem adotada pelo julgador será eminentemente atomística e holística; (vi) o juiz desenvolve atividade de averiguação e verificação; (vii) há a formulação de diversas alternativas com as respectivas identificações de fato e direito e o juiz realizará individualização de uma*

³⁸⁹ Idem. **Studi sulla Rilevanza della Prova**. Op. cit. p. 35.

³⁹⁰ PICÓ I JUNOY, Joan. **El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil**. Barcelona: José María Bosch, 1996, p. 48.

³⁹¹ Essa classificação é feita por ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria General de la Prueba Judicial**. 3.ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía, 1974, Tomo I, p. 142.

solução (escolha prática); (viii) o objeto de prova é objetivo e abstrato, enquanto que o tema de prova é objetivo e concreto.

De certo modo, o que se evidencia é que a proposta se assemelha com aquilo que se convencionou chamar de “Rationalist Tradition of Evidence Scholarship” (RTES), segundo a qual o escopo do “juízo de fato’ é a averiguação racional da verdade dos fatos com o intuito de produzir decisões justas”³⁹², cujas características podem ser assim sintetizadas: a epistemologia adotada é cognitivista ao invés de cética; a teoria da verdade como correspondência é geralmente adotada em preferência à teoria da verdade como coerência; o modelo de decisão é visto como “racional”, em contraste com meios “irracionais” como as batalhas e os ordálios; o modelo de raciocínio é o indutivo; a busca pela verdade como meio para a justiça é um valor social relevante, mas não necessariamente primordial.³⁹³

De fato, muitos são os pontos em comum entre o modelo probabilístico do juízo de fato ora proposto e a RTES, bastando a comparação das características de ambos os modelos. Nada obstante, há algumas diferenças fundamentais: embora a RTES também seja adepta de uma concepção positiva da verdade, sobretudo porque a decisão justa é uma busca constante, no modelo probabilístico do juízo de fato há a demonstração da relação entre segurança jurídica e verdade, o que desembocará na necessidade de uma adequada motivação da decisão judicial.

Além disso, no modelo probabilístico do juízo de fato, embora se adote, assim como na RTES, um modelo realista, entende-se que não se pode desconsiderar, *ao mesmo tempo*, o modelo narrativístico e todas as suas implicações, pelas variadas razões já apontadas neste trabalho, em que sobressai também um modelo contemporâneo de prova.

Outrossim, a ênfase está no caráter “alternativo” no procedimento de constatação ou averiguação dos fatos, o qual confere característica absolutamente racional. Nesse contexto, deve-se ter a consciência que no processo há diferentes fases que correspondem às inferências fáticas, de modo que, como consequência, a decisão depende de, pelo menos, dois fatos, e qual ocorreu no mesmo espaço e tempo.³⁹⁴ Essa constatação é elementar, mas coloca em evidência o que segue:

³⁹² PASTORE, Baldassare. **Giudizio, Prova, Ragion Pratica**: un approccio ermeneutico. Op. cit. p. 209.

³⁹³ TWINING, William. The rationalist tradition of evidence scholarsip. Op. cit. p. 78.

³⁹⁴ A constatação é de RÖDIG, Jürgen. **Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens**: die Grundlinien des zivil-, straf- und verwaltungs- gerichtlichen Prozesses. Op. cit. p. 21.

além de ultrapassar a noção de que o juiz procede a um mero silogismo ou raciocínio, pois o julgador também realiza *escolhas avaliativas* referentes à averiguação dos fatos e à interpretação das normas e que visam à formação do juízo decisório³⁹⁵, *a alternativa escolhida somente será adequada se possuir pertinente identificação dos elementos fáticos e jurídicos*, o que envolve o conceito de “escolha prática”, conforme foi acima dito.

Ou seja, conforme lembra Michele Taruffo, ao explicar a “escolha” realizada pelo juiz, a validade desse procedimento realizado depende da extensão em que se adapta segundo a lógica da inferência factual, o que equivale, como consequência, à *correção lógica das inferências formuladas pelo juiz*.³⁹⁶

No particular, deve-se prestar atenção a uma importantíssima particularidade: acima foi dito que o julgador realiza “escolhas avaliativas”. Assim, há dois polos que, embora sejam separados, são complementares: a “escolha” pertence aos domínios da “vontade”, enquanto que a “avaliação” (e o “conhecimento”) ao juízo propriamente dito.³⁹⁷ Contudo, *é justamente o “juízo”, ou seja, a atividade de conhecimento e valoração, que irá conferir critérios para que o juiz forme a sua “escolha” (vontade)*.

A partir dessas constatações, já é possível formar um conceito sobre o “modelo probabilístico do juízo de fato” e que pode ser assim definido: *é o processo de verificação e averiguação realizado pelo juiz acerca das hipóteses fáticas com base no material probatório disponível, o que implica a escolha das alternativas mediante critérios*.

Cumprido, a partir de agora, portanto, analisar os referidos critérios.

³⁹⁵ MANNARINO, Nicola. **La Prova nel Processo**. Op. cit. p. 246.

³⁹⁶ TARUFFO, Michele. **La Motivazione della Sentenza Civile**. Op. cit. p. 241.

³⁹⁷ Conforme Nicola Mannarino, “(...) la scelta è una volizione, un atto do volontà che si esplica in un contesto definito di possibilità e appartiene al dominio pratico e non è propriamente giudizio, poiché questo appartiene al dominio teoretico e perciò è essenzialmente, cioè per sua natura, atto cognoscitivo e valutativo” (MANNARINO, Nicola. **La Prova nel Processo**. Op. cit. p. 264).

4 A FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO JUDICIAL: CRITÉRIOS PARA A ESCOLHA DAS ALTERNATIVAS (DIRETRIZES PROBATÓRIAS)

Conforme pode ser percebido, *o núcleo do modelo probabilístico do juízo de fato é o módulo da escolha entre as alternativas possíveis*, sendo que a racionalidade da escolha é intrínseca ao procedimento decisório, ou seja, coincide necessariamente com a correção das operações que o constituem.³⁹⁸ Como consequência, é imprescindível a análise acerca dos critérios ou diretivas que permitem ao julgador formar o seu convencimento e, em consequência, realizar o juízo decisório, mediante a escolha das hipóteses fáticas.

A respeito disso, o âmbito interpretativo do direito fornece elementos interessantes. Com efeito, ao intérprete, como não poderia deixar de ser, também é conferida certa liberdade de escolha, cuja ideologia interpretativa não só determina valores, mas também formula a orientação interpretativa que servirá de instrumento para a sua realização.³⁹⁹ Adota-se, com isso, um “discurso prescritivo”, consistente em diretivas que conferem critérios para a correta interpretação e construção jurídica.⁴⁰⁰

No plano dessas “diretivas interpretativas”, conforme Jerzy Wróblewski, há dois tipos.

De um lado, há as “diretivas de primeiro grau”, as quais mostram como utilizar os elementos do contexto da norma jurídica para eliminar qualquer dúvida sobre o sentido imediato da norma.⁴⁰¹ Ou seja, elas conferem ao julgador um modo de atribuição de significado a uma disposição jurídica.⁴⁰² Desse modo, esse critério de primeiro grau leva em consideração: (a) diretrizes linguísticas, as quais determinam o sentido da norma segundo propriedades linguísticas; (b) diretrizes sistêmicas, que se referem ao contexto do sistema de direito que a norma a ser interpretada faz parte; (c) diretrizes funcionais, as quais se referem ao contexto das relações e avaliações sociais em que a norma será interpretada ou aplicada.⁴⁰³

³⁹⁸ TARUFFO, Michele. **La Motivazione della Sentenza Civile**. Op. cit. p. 221.

³⁹⁹ WRÓBLEWSKI, Jerzy. L'interprétation en droit: théorie et idéologie. In: **Archives de Philosophie du Droit**, n. 17, 1972, p. 66.

⁴⁰⁰ GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e Argomentare**. Op. cit. p. 433.

⁴⁰¹ WRÓBLEWSKI, Jerzy. L'interprétation en droit: théorie et idéologie. Op. cit. 60.

⁴⁰² CHIASSONI, Pierluigi. **Tecnica dell'interpretazione Giuridica**. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 73.

⁴⁰³ WRÓBLEWSKI, Jerzy. L'interprétation en droit: théorie et idéologie. Op. cit. 60.

De outro lado, há as “diretrizes de segundo grau” e que são de dois tipos: “procedimentais” e “preferenciais”. As primeiras indicam quando e em que ordem as diretrizes de primeiro grau devem ser utilizadas⁴⁰⁴, principalmente se o intérprete considera ter de utilizar uma pluralidade de diretrizes primárias diferentes⁴⁰⁵; enquanto que as segundas estabelecem os critérios para se escolher qual deve ser considerado como o significado correto da disposição interpretada, para a resolução de uma determinada controvérsia.⁴⁰⁶

Esse entendimento, ou essas diretrizes, pode ser aplicado ao juízo de fato, mas com as devidas adaptações.

Com efeito, o próprio Jerzy Wrobléwski não desconhecia que, no terreno da prova, também se mostrava necessária a existência de diretivas. Segundo ele, “a complexidade da prova jurídica depende de vários fatores”, sendo que, dentre esses, destacam-se: “a) se existem diretivas legais na prova, ou seja, normas jurídicas que a regulamentam de forma particular, ou se o direito se refere a regras empíricas, a saber, regras aceitas conforme o paradigma da ciência jurídica extrajurídica”; e “b) se os fatos que constituem a prova são determinados de maneira descritiva, simples e positiva (ej, o nascimento) ou de maneira valorativa, relacional e negativa (ej, omissão de uma ação equitativa exigida pela lei)”.⁴⁰⁷

Tendo em vista essas particularidades, o autor apresenta, em primeiro lugar, as “diretrizes da prova empírica” (“rules of empirical evidence”), que permitem a averiguação da existência do fato de forma empírica (ou seja, de maneira descritiva e positiva) de acordo com o paradigma metodológico atual das ciências naturais ou de acordo com o senso comum ou a comum experiência; em segundo lugar, há referência às “diretivas legais de prova” (“rules of legal evidence”), que, segundo o autor, “possuem várias formas históricas das regras medievais de prova às regras contemporâneas para a exclusão de provas ou presunções legais”; derradeiramente, há a lembrança que alguns fatos deverão ser objeto de valorações.⁴⁰⁸

Com isso, resta absolutamente evidenciada a necessidade de efetivamente se adotar critérios para a decisão sobre o fato que, porém, devem ser mais

⁴⁰⁴ Ibidem, p. 61.

⁴⁰⁵ CHIASSONI, Pierluigi. **Tecnica dell’interpretazione Giuridica**. Op. cit. p.73.

⁴⁰⁶ Ibidem, ibidem.

⁴⁰⁷ WRÓBLEWSKI, Jerzy. Ideología de la aplicación judicial del derecho. In: **Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho**, n. 1992, p. 22.

⁴⁰⁸ WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal decision and its justification. In: **Logique et Analyse**, v. 14, n. 53-54, 1971, p. 415.

específicos do que aqueles acima apresentados, pois, ao que tudo indica, eles são referentes unicamente ao momento da constatação dos fatos e da sua valoração. Com efeito, a atividade é muito mais complexa, pois envolve basicamente três momentos e que são relativos à “conformação do conjunto dos elementos do juízo sobre o qual se adotará a decisão”, à “valoração desses elementos” e à “adoção da decisão”⁴⁰⁹. Como corolário, cada uma dessas etapas possui respectivo critério de escolha, cujo nome que aqui será adotado é o de *diretiva probatória*.

4.1 A ADMISSIBILIDADE DA PROVA

Se, conforme já se constatou neste trabalho, a prova representa o conjunto dos elementos, dos procedimentos e dos raciocínios por meio dos quais a reconstrução é elaborada, verificada e confirmada como verdadeira, o que ganha destaque, inicialmente, até mesmo para que se possa proceder à “conformação do conjunto dos elementos do juízo sobre o qual se adotará a decisão”, é a admissibilidade da prova.

Desse modo, a *admissibilidade da prova é o momento fundamental em que o julgador irá averiguar a possibilidade de determinado meio de prova ser produzido no processo para fins de comprovação da hipótese fática*.⁴¹⁰

Para tanto, há duas diretrizes a serem observadas: a primeira é de ordem normativa e a segunda é de ordem epistemológica.

4.1.1 Diretriz normativa de admissibilidade probatória

A *diretriz normativa de admissibilidade probatória*, conforme o próprio nome já indica, *leva em consideração a autorização pelo sistema jurídico acerca da utilização de determinada fonte de prova*.

Daí que, em primeiro lugar, sob o prisma constitucional, sobressai ser inadmissível, “no processo, as provas obtidas por meio ilícitos” (art. 5º, LVI, da Constituição Federal). O art. 157, do Código de Processo Penal praticamente reitera

⁴⁰⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La Valoración Racional de la Prueba*. Op. cit. p. 41.

⁴¹⁰ Luis Alberto Reichelt conceitua esse momento como sendo aquele referente “à aferição da possibilidade do emprego de determinada ferramenta na investigação da realidade histórica desenvolvida ao longo do processo” (REICHELTL, Luis Alberto. *A Prova no Direito Processual Civil*. Op. cit. p. 285).

a disposição constitucional, definindo que provas ilícitas são aquelas “obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. Ou seja, a prova ilícita, em um sentido amplo, é aquela obtida com violação aos limites previstos pelo direito⁴¹¹ e, portanto, mediante violação aos direitos fundamentais, preceitos constitucionais e infraconstitucionais.⁴¹²

Como corolário, sem sentido à diferenciação entre “prova ilícita”, que deriva de ofensa ao direito material, e “prova ilegítima”, que deriva de ofensa ao direito processual, como, porém, sustenta parte da doutrina.⁴¹³ De fato, há dois argumentos fundamentais que vão ao encontro dessa ideia: *primeiro*, é que a prova ilícita, pelo menos conforme a conceituação ora adotada, significa aquela prova obtida mediante ofensa ao ordenamento jurídico, o que evidentemente engloba o direito processual; *segundo*, é que não existem somente direitos fundamentais materiais, mas também processuais⁴¹⁴, de modo que se prova ilícita é também aquela derivada de ofensa a

⁴¹¹ RICCI, Gian Franco. Le prove illecite nel processo civile. In: **Rivista Trimestrale di diritto e Procedura Civile**, anno XLI, n. 01, mar. 1987, p. 34. Conceituação análoga é proposta por SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. Op. cit. p. 659.

⁴¹² Essa também parece ser a conceituação adotada por MATTOS, Sérgio. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Op. cit. p. 224-225. Análogo entendimento é o de Luiz Francisco Torquato Avolio, embora refira que prova ilícita é somente aquela oriunda de ofensa ao direito material. Segundo o autor, “a prova colhida com infração a normas ou princípios de direito material – sobretudo de direito constitucional, porque (...) a problemática da prova ilícita prende-se sempre à questão das liberdades públicas, em que estão assegurados os direitos e garantias atinentes à intimidade, à liberdade, à dignidade humana; mas, também, de direito penal, civil, administrativo, nos quais já se encontram definidos na ordem infraconstitucional outros direitos ou cominações legais que podem se contrapor às exigências de segurança social, investigação criminal e acerto da verdade, tais como os de propriedade, inviolabilidade do domicílio, sigilo da correspondência e outros”. (AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 43). Outros, porém, limitam a ilicitude da prova à ofensa aos direitos fundamentais, como, por exemplo, PICÓ I JUNOY, Joan. **El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil**. Op. cit. p. 286.

⁴¹³ Assim, por exemplo, NUVOLONE, Pietro. Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino. In: **Rivista di Diritto Processuale**, n. 21, 1966, p. 442-475; AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 42-43; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 18, n. 85, jul./ago. 2010, p. 399; REICHELDT, Luis Alberto. **A Prova no Direito Processual Civil**. Op. cit. p. 291.

⁴¹⁴ Sobre os direitos fundamentais processuais, ver, de um modo geral, ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 129-135; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil**. Op. Cit. p. 24-53; MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, *passim*; MATTOS, Sérgio. **Devido Processo Legal e Proteção de Direitos**. Op. cit. p. 202-252; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. Op. cit. p. 615-681.

direitos fundamentais, é evidente que igualmente será aquela decorrente de infringência a direitos fundamentais processuais.⁴¹⁵

Nessa direção, considerando-se a definição clássica de que fonte de prova é o fato por meio do qual o julgador se serve para averiguar a verdade, e meio de prova é a atividade mediante a qual se procura a verdade do fato a ser provado⁴¹⁶, a licitude da prova se refere normalmente ao modo de obtenção da fonte de prova que se pretende introduzir no processo por um meio de prova.⁴¹⁷ Por exemplo, não se admite como prova o material fotográfico furtado e que é utilizado para incriminar o autor.⁴¹⁸ Mas também pode se referir ao momento de formação da prova, como por exemplo, se alguém é coagido a realizar uma declaração por escrito, ou no momento de sua produção, quando, por exemplo, alguém é coagido a depor no processo.⁴¹⁹

A definição dos contornos da ilicitude de determinada prova é, porém, ponto altamente controverso, porquanto, de um lado, afirma-se que a disposição constitucional acima mencionada possui caráter relativo, devendo ser tomado como verdadeiro princípio e, por isso, sujeito a ponderações em face de outros princípios e valores; de outro lado, também há o entendimento de que o art. 5º, LVI, da Constituição Federal, é uma regra, sendo, assim, uma questão de tudo ou nada.⁴²⁰

Ademais, situação análoga existe ao se analisar o direito comparado.⁴²¹ Por exemplo, a jurisprudência alemã admite exceção à proibição geral de admissibilidade e utilização das provas formadas ou obtidas inconstitucionalmente, quando se trata de realizar exigências superiores de caráter público ou privado e que merecem especial proteção. Desse modo, ganha destaque justamente a ponderação dos interesses e valores e, como consequência, a proporcionalidade entre o meio empregado e a finalidade que se pretende atingir.⁴²² Já o discurso jurídico americano é diferente, sobretudo porque a “*Supreme Court* nunca tentou, em suas decisões, estabelecer com mais rigor o conteúdo e o alcance deste direito”,

⁴¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. Op. cit. p. 241.

⁴¹⁶ CARNELUTTI, Francesco. **La Prova Civile**. Op. cit. p. 83.

⁴¹⁷ AROCA, Juan Montero. **La Prueba en el Proceso Civil**. Op. cit. p. 173.

⁴¹⁸ STF, RE 251445, Relator: Min. Celso de Mello, julgado em 21/06/2000, publicado em DJ 03/08/2000.

⁴¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. Op. cit. p. 242.

⁴²⁰ MATTOS, Sérgio. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Op. cit. p. 224.

⁴²¹ Sobre isso, ver, de um modo geral, KNIJNIK, Danilo. A “doutrina dos frutos da árvore venenosa” e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16-12-93. In: **Revista da Ajuris**, n. 66, ano XXIII, mar. 1996, p. 70-74.

⁴²² TROCKER, Nicolò. **Processo Civile e Costituzione**. Op. cit. p. 619.

pois o que interessa é “identificar, da forma mais precisa possível, as fronteiras das atividades admissíveis por parte da investigação policial”; em termos mais específicos, o Direito americano, no que pertine à prova ilícita, é “fechado às concessões e comparações entre os bens jurídicos envolvidos”.⁴²³ Por exemplo, no paradigmático caso *Mapp v. Ohio*⁴²⁴, que envolveu “busca e apreensão” sem o respectivo mandado judicial, a Suprema Corte entendeu, de modo peremptório, segundo consta no voto condutor de Justice Clark, que o “Estado, ao admitir provas apreendidas ilegalmente, incentiva a desobediência à Constituição, que é obrigado a assegurar”.⁴²⁵

De qualquer forma, a controvérsia somente pode ser resolvida a partir dos *conceitos* que envolvem princípios e regras. Desse modo, “as regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada”.⁴²⁶ Os princípios, por sua vez, “são normas imediatamente finalísticas”, pois “estabelecem um estado ideal de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos”, sendo o “estado de coisas (...) uma situação qualificada por determinadas qualidades”.⁴²⁷

A pergunta é inevitável: é possível verificar no art. 5º, LVI, da Constituição Federal, “obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada” ou somente “um estado ideal de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos”? A resposta, por sua vez, parece ser positiva para o primeiro questionamento e negativa para o segundo. De fato, não há como enquadrar o art. 5º, LVI, da Constituição Federal, na ideia de uma “norma-do-que-deve-ser”, característica pertencente aos princípios⁴²⁸, senão a uma “norma-do-que-fazer”, característica pertencente às regras.⁴²⁹ Há, no dispositivo constitucional ora analisado, “uma conduta a ser adotada”, ou seja, de que não se

⁴²³ KNIJNIK, Danilo. A “doutrina dos frutos da árvore venenosa” e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16-12-93. Op. cit. p. 71-72 e 74.

⁴²⁴ 367 U.S. 643 (1961).

⁴²⁵ 367 U.S. 657.

⁴²⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 71.

⁴²⁷ Ibidem, ibidem.

⁴²⁸ Conforme AARNIO, Aulis. **Essays on the Doctrinal Study of Law**. Op. cit. p. 124; ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. Op. cit. p. 72.

⁴²⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. Op. cit. p. 72.

deve obter provas por meios ilícitos, não se identificando no dispositivo constitucional um “estado ideal de coisas”.⁴³⁰

Mas, ao lado disso, a diretriz normativa de admissibilidade probatória também está prevista no art. 332 do Código de Processo Civil (e no art. 369 do NCCPC), segundo o qual todos “os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”. Trata-se de disposição que envolve os

⁴³⁰ O posicionamento de que o art. 5º, LVI, da Constituição Federal, é uma regra também é adotado por MATTOS, Sérgio. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Op. cit. p. 225-226. Danilo Knijnik, por sua vez, refere que o referido dispositivo constitucional se trata de uma “proibição absoluta” (KNIJNIK, Danilo. A “doutrina dos frutos da árvore venenosa” e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16-12-93. Op. cit. p. 82). Ademais, esse parece ter sido o entendimento do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC 72.588-1/PB, em época anterior à vigência da Lei 9.296/96, que regulamentou as interceptações telefônicas. Na oportunidade, não houve qualquer ponderação. Segundo o Min. Maurício Corrêa, “a clareza do enunciado no inciso XII, do art. 5º, da Carta Política, não deixa nenhuma sombra de dúvida ao estabelecer que ‘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’. Claro está, pois, que é possível a interceptação telefônica mediante autorização judicial, ‘na forma que a lei estabelecer’, mas para tanto torna-se indispensável a **interpositio legislatoris**, sem o que, toda e qualquer obtida, enquanto não haja lei que regulamente o dispositivo, é ilícita e, a meu ver, nenhum efeito pode produzir, por ser além de ilícita, inteiramente inidônea. Daí porque quem nessa situação se coloca, não pode sequer ser objeto de investigação criminal, e com muito mais razão, não pode ser denunciado, julgado ou condenado. Não havendo ato legislativo que discipline o mecanismo do inciso XII, do art. 5º, da Constituição Federal, é de aplicar-se o comando constitucional do inciso LVI, deste mesmo artigo, que prescreve serem ‘inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos’” (STF, HC 72588, Relator(a): Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/1996, publicado em 04/08/2000). Mais recentemente, esse também parece ter sido o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, em que, sem qualquer ponderação, considerou-se prova ilícita a quebra de sigilo bancário, sem autorização judicial, para fins de ação penal. O julgado assim se encontra ementado: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. AÇÃO PENAL DEFLAGRADA COM BASE EM DADOS DECORRENTES DE QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO REALIZADA DIRETAMENTE POR AUDITOR FISCAL. AUSÊNCIA DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA PROVA PARA FINS PENAIIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. PROVIMENTO DO RECLAMO. 1. A 1ª Seção desta Corte Superior de Justiça, no julgamento do REsp 1.134.655/SP, submetido ao rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil, consolidou o entendimento de que a quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário é autorizada pela Lei 8.021/1990 e pela Lei Complementar 105/2001, normas procedimentais cuja aplicação é imediata. 2. Contudo, conquanto atualmente este Sodalício admita a quebra de sigilo bancário diretamente pela autoridade fiscal para fins de constituição do crédito tributário, o certo é que tal entendimento não se estende à utilização de tais dados para que seja deflagrada ação penal, por força do artigo 5º da Constituição Federal, e nos termos do artigo 1º, § 4º da Lei Complementar 105/2001. 3. No caso dos autos, de acordo com o termo de conclusão de fiscalização, a ação fiscal foi iniciada por meio de cruzamento dos valores das saídas declaradas no livro eletrônico fiscal, escrituradas pelo contribuinte, com os decorrentes das vendas com cartões Visa, Master e Amex, informados diretamente pelas respectivas administradoras, tendo os referidos dados sido, então, utilizados para a instauração de inquérito policial e posterior deflagração de ação penal contra o recorrente, o que, como visto, não é admitido pelo ordenamento jurídico pátrio, estando-se diante de prova ilícita, o que revela o constrangimento ilegal a que está sendo submetido. 4. Recurso provido para determinar o trancamento do processo criminal em apreço, sem prejuízo do oferecimento de nova denúncia com base em outras provas. (RHC 52.067/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 16/12/2014, DJe 03/02/2015).

meios típicos e atípicos de prova⁴³¹, cujo conceito se dá por exclusão⁴³²: meio de prova atípico é aquele não previsto no ordenamento.⁴³³

No particular, há uma dualidade a ser observada: a atipicidade pode ser relativa à fonte de convencimento utilizada pelo julgador (no sentido que se trata de um *factum probans* não expressamente previsto legislativamente como tal), bem como ao modo pela qual referida fonte é introduzida no processo (ou seja, no sentido que a introdução em juízo do *factum probans* não ocorre segundo um dos procedimentos previstos em lei).⁴³⁴

Embora Michele Taruffo entenda que o conceito de “provas atípicas” esteja vinculado à primeira abordagem⁴³⁵, também não é errôneo asseverar que, pelo menos no sistema jurídico processual brasileiro, “as provas reguladas na lei (...), em regra, esgotam todas as possibilidades de aquisição de conhecimentos sobre fatos, no que diz respeito às possíveis fontes desses conhecimentos, que são finitas, limitadas”.⁴³⁶ Basta pensar que o Código de Processo Civil regulamenta o depoimento pessoal (arts. 342 a 347), a confissão (arts. 348 a 354), a prova documental (arts. 364 a 389), a testemunhal (arts. 400 a 419), a pericial (arts. 420 a 439), bem como a inspeção judicial (arts. 440 a 443), enquanto que o atual Código Civil, em seu art. 212, deixa claro os meios pelos quais pode ser comprovado o fato jurídico. Daí a razão pela qual José Carlos Barbosa Moreira conclui que o “que varia (...) é a forma, é a maneira pela qual o juiz tem acesso a essa fonte, e então procura retirar dela conhecimentos úteis ao esclarecimento dos fatos relevantes”, de modo que a atipicidade da prova deve ser estudada, preferencialmente, “pelo ângulo da forma”.⁴³⁷

⁴³¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil**: comentado artigo por artigo. Op. cit. p. 335.

⁴³² Essa também é a conclusão de BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Provas atípicas. In: **Revista de Processo**, n. 76, out./dez. 1994, p. 114.

⁴³³ RICCI, Gian Franco. Le prove illecite nel processo civile. Op. cit. p. 64; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. III. Op. cit. p. 93.

⁴³⁴ TARUFFO, Michele. Prove atipiche e convincimento del giudice. In: **Rivista di Diritto Processuale**, v. 28, parte II, 1973, p. 294.

⁴³⁵ Ibidem, p. 295.

⁴³⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Provas atípicas. Op. cit. p. 115.

⁴³⁷ Ibidem, p. 115-116. Também esse parece ser o posicionamento de Eduardo Cambi, ao referir que “o problema a ser considerado não é tanto saber quais os meios de provas que devem ser admitidos, mas como essas provas são obtidas e utilizadas no processo” (CAMBI, Eduardo. Provas Atípicas. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil**: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 331). Essa noção, porém, é criticada por Bruno Cavallone, que sustenta “che il richiamo alla nozione di atipicità non potrebbe mai servire a legittimare deviazioni dai modelli normativi dei diversi <procedimenti

Por exemplo, as informações coletadas em redes sociais ou mediante mensagens eletrônicas enviadas por celular e que têm sido consideradas suficientes para comprovação da hipótese fática alegada, desde que, por óbvio, confirmada a autoria⁴³⁸, podem ser subsumidas no conceito de “prova documental”,⁴³⁹ mormente se for levada em consideração a conceituação de Francesco Carnelutti, que a define como uma representação “imediate” e “permanente” daquilo que se pretende comprovar, sendo, assim, uma *coisa* representativa de um fato.⁴⁴⁰ Desse modo, neste caso específico, o que varia é o meio pelo qual se obtém a prova documental (que é mediante recurso eletrônico).

Também se deve ter prudência ao relacionar indícios e presunções com prova atípica. Com efeito, a atipicidade do indício “decorre da maneira pela qual opera no campo probatório, que é diverso daquele de outras provas”⁴⁴¹, fundamentalmente porque o indício é qualquer coisa, circunstância ou

probatorii>, che non trovassero la proprio giustificazione nell’ambito stesso della disciplina dell’istruzione” (CAVALLONE, Bruno. Critica della teoria delle prove atipiche. In: **Rivista di Diritto Processuale**, v. 33, 1978, p. 691).

⁴³⁸ Foi isso o que ocorreu, por exemplo, na AC 70058441841, julgada no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, cuja ação envolvia ofensas proferidas pelo réu em desfavor do autor por meio de mensagens eletrônicas enviadas por celular e postagens em redes sociais na internet. A propósito, assim consta no acórdão em determinada passagem: “A autoria das agressões à honra do autor, proferidas especialmente via Orkut e mensagens de texto de aparelho celular, restou admitida pela ré em depoimento pessoal (CD de áudio à fl. 704). E não há dúvida do conteúdo ofensivo dos textos publicados pela ré (fls. 25/28, 30, 79/88, 101/112), que, mencionando em mais de uma oportunidade o nome do autor, vinculou-o a doenças sexualmente transmissíveis (fl. 26) e relatou fatos que, verdadeiros ou não, seriam relacionados às preferências sexuais do demandante. Dizendo de outra forma, sendo verdadeiro o que divulgado pela requerida, houve violação ao direito à intimidade e à privacidade do requerente; sendo falso, houve violação à honra. Com a confissão da ré, tornou-se incontroversa a violação de direitos da personalidade do demandante (ou seja, o dano e o ato ilícito são indiscutíveis), tanto quanto incontroverso restou onexo causal, evidenciando a presença dos pressupostos caracterizadores do dever de indenizar” (Apelação Cível Nº 70058441841, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 30/04/2014).

⁴³⁹ Analogamente, o STS espanhol já definiu: “Las innovaciones tecnológicas – el cine, el video, la cinta magnetofónica, los ordenadores electrónicos, etc. – pueden y deben incorporarse al acervo jurídico-procesal en la medida que son expresiones de una realidad social que el derecho no puede desconocer. Todavía más, de alguna manera dichos medios técnicos pueden subsumirse em el concepto mismo, desde luego de documento em cuanto cosas muebles aptas para la incorporación de señales expresivas de um determinado significado” (PICÓ I JUNOY, Joan. **El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil**. Op. Cit. p. 183, nota de rodapé 78).

⁴⁴⁰ CARNELUTTI, Francesco. **La Prova Civile**. Op. cit. p. 140 e 183. Trata-se, em outras palavras, de conceituação ampla de “documento”, que “não aprisiona determinada parcela da realidade àqueles documentos entendidos por públicos, que são realizados por autoridade pública, isto é, que tenham fé pública ou são privados, no sentido estrito, que são os que devem ser assinados pelas partes, conforme arts. 368 e 367, todos do CPC (...). O documento é definido, assim, como uma coisa que faz conhecer um fato, em contraposição ao testemunho, que é uma pessoa que narra, e não uma coisa que representa. É o documento eletrônico, portanto, um documento particular, em sentido lato, realizado de forma escrita” (RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas Atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 132).

⁴⁴¹ TARUFFO, Michele. Prove atipiche e convincimento del giudice. Op. cit. p.393, nota de rodapé 14.

comportamento que o juiz considera significativo enquanto possa derivar conclusões relativas ao fato a provar⁴⁴², enquanto que a presunção é justamente a conclusão derivada dessa prova indiciária e relativa ao fato a ser provado.⁴⁴³

De qualquer maneira, a propósito de aquisição atípica de meio de prova, o que ganha destaque é a prova produzida em outro juízo (como a pericial ou testemunhal) e que se pretende produzir efeitos no processo em questão. Naquilo que interessa, o entendimento é de que a “condição mais importante para que se dê validade e eficácia à prova emprestada é sua sujeição às pessoas dos litigantes, cuja consequência primordial é a obediência ao contraditório”; desse modo, se “as partes, no processo destinatário”, forem “as mesmas do processo originário onde foi realizada a prova que se pretenda emprestar, estará preenchido o requisito de que estamos tratando, obedecido que foi o princípio do contraditório”.⁴⁴⁴

Contudo, a dúvida persiste em se tratando de prova produzida em juízo diverso em que há somente identidade parcial de partes ou não há qualquer identidade. Neste caso, “como o contraditório *das partes* não foi garantido na produção da prova, será necessário examinar se é possível cumprir com tal garantia no processo para o qual se pretende expor a prova”. Como corolário, “sempre que for possível garantir o contraditório - com a mesma eficácia que se teria caso o contraditório houvesse sido observado no processo primitivo -, o empréstimo da prova será admissível. Caso contrário, em princípio, a prova emprestada será inviável”.⁴⁴⁵

⁴⁴² Idem. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Op. cit. p. 452.

⁴⁴³ MANNARINO, Nicola. **La Prova nel Processo**. Op. Cit. 191. Ver, ademais, as considerações feitas no item 2.2, *supra*.

⁴⁴⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 247-248.

⁴⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 292. Foi exatamente nessa direção recente julgamento do Superior Tribunal de Justiça, proferido pela Corte Especial, em que se admitiu prova emprestada quando não há identidade de partes. Assim consta no acórdão: “49. A admissão da prova emprestada no processo civil tem como objetivo precípuo otimizar a prestação jurisdicional, viabilizando o aproveitamento em um dado processo de prova já produzida em outro. 50. Para tanto, em princípio, as partes do processo para o qual a prova seja trasladada devem ter participado efetivamente do outro processo, a fim de que se concretize o princípio do contraditório. 51. Nos presentes embargos de divergência, contudo, impõe analisar se o fato de não terem figurado as mesmas partes no processo em que produzida a prova emprestada implica seu desentranhamento e consequente nulidade dos atos decisórios nela fundamentados. 52. É inegável que a grande valia da prova emprestada reside na economia processual que proporciona, tendo em vista que se evita a repetição desnecessária da produção de prova de idêntico conteúdo, a qual tende a ser demasiado lenta e dispendiosa, notadamente em se tratando de provas periciais na realidade do Poder Judiciário brasileiro. 53. Nesse norte, a economia processual decorrente da utilização da prova também importa em incremento de eficiência, na medida em que garante a obtenção do mesmo resultado útil, em

4.1.2 Diretriz epistemológica de admissibilidade probatória

A *diretriz epistemológica de admissibilidade probatória* está diretamente ligada com a admissão de toda a prova que irá aportar informação relevante sobre os fatos objetos de análise judicial.⁴⁴⁶ Afinal, de uma maneira geral, afirma-se que a prova será admissível quando a alegação de fato for controversa e relevante.⁴⁴⁷

Até mesmo por isso é que “a admissibilidade de um meio de prova nada diz com o livre convencimento do julgador”⁴⁴⁸, pois, caso contrário, haveria indevida confusão entre admissibilidade e valoração da prova, que são planos distintos. Não pode o juiz indeferir a produção de determinada prova por já estar convencido⁴⁴⁹, pois somente “depois de afirmada a admissibilidade de uma prova, ou seja, selecionadas as provas que poderão ser acessadas pelo julgador e pelas partes, é que se passa à sua avaliação, medida no plano da convicção judicial e, aí sim, à luz do livre convencimento, não antes”.⁴⁵⁰

De qualquer forma, se para a admissão de determinado meio de prova deve ser levada em consideração sua relevância, é evidente que entra em jogo questões epistemológicas. Afinal, “a prova é relevante quando responde à função que lhe é própria, isto é, quando o fato sobre o qual ela se relaciona representa um elemento útil para a averiguação de um *factum probandum*”; ao contrário, “a irrelevância de uma prova pode ser definida como a impossibilidade que a proposição factual sobre a qual a prova se relaciona determine, ou pelo menos incida, diretamente ou

menor período de tempo, em consonância com a garantia constitucional da duração razoável do processo, inserida na Carta Magna pela EC 45/04. 54. Em vista das reconhecidas vantagens da prova emprestada no processo civil, é recomendável que essa seja utilizada sempre que possível, desde que se mantenha hígida a garantia do contraditório. No entanto, ao contrário do que pretendem os embargantes, a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para tanto. 55. Ora, independentemente de haver identidade de partes, o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada. Portanto, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo.” (STJ, EREsp 617.428/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 04/06/2014, DJe 17/06/2014).

⁴⁴⁶ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La Valoración Racional de la Prueba**. Op. Cit. p. 42.

⁴⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. p. 657, embora os autores agregam, também, que a prova deve ser *pertinente*, o que será objeto de crítica mais adiante.

⁴⁴⁸ KNIJNIK, Danilo **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Op. Cit. p. 21.

⁴⁴⁹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, códigos e éticos**. Op. cit. p. 145-146; DALL’ALBA, Felipe Camilo. A ampla defesa como proteção dos poderes das partes: proibição de inadmissão da prova por já estar convencido o juiz. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.). In: KNIJNIK, Danilo (Coord.). **Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 100-103.

⁴⁵⁰ KNIJNIK, Danilo **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Op. Cit. p. 21.

indiretamente, sobre o *status* lógico de probabilidade-confirmação da proposição relativa à existência de um fato principal”.⁴⁵¹ A propósito, o nosso Código de Processo Civil, em seu art. 130, vai nessa direção, ao determinar que o juiz indeferirá “as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.⁴⁵² Em outras palavras, *a prova será relevante quando o julgador puder extrair informações (conhecimentos) a respeito dos fatos alegados conforme os princípios da lógica e da ciência*⁴⁵³ e daí, portanto, a relação entre admissibilidade de prova e epistemologia. Mais especificamente, a prova deve possuir potencial demonstração acerca da *provável ocorrência, ou não, dos fatos afirmados pelas partes*.⁴⁵⁴ Afinal, a maneira como “uma afirmação de fato é justificada pela prova depende do quão bem ela é apoiada pela prova experimental e por ‘backgrounds beliefs’”.⁴⁵⁵

Representativo de tudo isso é a *Rule 401* das *Federal Rules of Evidence*, segundo a qual a prova é relevante se “possui alguma tendência para fazer com que o fato seja mais ou menos provável do que seria sem a prova”.

Com isso, embora haja a mencionada separação entre os planos de admissibilidade e valoração da prova, não pode ser desconsiderado que o julgador realiza antecipação hipotética do juízo sobre a prova em relação ao fato.⁴⁵⁶ Significa

⁴⁵¹ TARUFFO, Michele. **Studi sulla Rilevanza dela Prova**. Op. cit. p. 54 e 250.

⁴⁵² A questão da relevância da prova para fins de admissibilidade probatória, conforme pode ser verificado, também está ligado à economia processual. Afinal, *frusta probatur quod probatum non relavant* (TARUFFO, Michele. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Op. cit. p. 338; Idem, **La Prueba**. Op. cit. p. 39; MATTOS, Sérgio. O juiz é o destinatário da prova: porta aberta para o arbítrio? Op. cit. p. 448).

⁴⁵³ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La Valoración Racional de la Prueba**. Op. Cit. p. 42. Assim, por exemplo, já restou decidido no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que “sendo o cerne da presente demanda, saber se é necessário ou não o aumento do número de Defensores Públicos e servidores, em decorrência da falta de atendimento pela Defensoria Pública do Município de Santa Maria, mostra-se adequada a oitiva de Defensora Pública em audiência, pois tal prova, no mínimo, poderá auxiliar na elucidação dos fatos da causa, mormente no sentido de rechaçar as alegações deduzidas na petição inicial. Se por um lado o depoimento da parte ré afigura-se relevante, para que não caia em mera conjectura e suposições, também mostra-se plausível que seja feito levantamento do número de demandas atendidas pela Defensoria Pública, inclusive para que se possa, objetivamente, verificar se o pessoal disponível é compatível com o número de processos em tramitação na Comarca” (Agravo de Instrumento Nº 70053525549, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Luiz Reis de Azambuja, Julgado em 19/06/2013).

⁴⁵⁴ De acordo com William Twining, para se identificar a relevância de uma prova, deve ser respondido o seguinte questionamento: “does it tend to support (or negate) the *probandum* at all?” (TWINING, William. Some scepticism about some scepticism. In: **Rethinking Evidence: exploratory essays**. Op. cit. p. 121).

⁴⁵⁵ HAACK, Susan. Epistemology Legalized: or, truth, justice, and the american way. In: **Evidence and Inquiry: a pragmatist reconstruction of epistemology**. Op. cit. p. 364.

⁴⁵⁶ TARUFFO, Michele. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Op. cit. p. 339. Também, nesse sentido, MATTOS, Sérgio. **O juiz é o destinatário da prova: porta aberta para o arbítrio?** Op. cit. p. 448. Por isso que Eduardo Cambi não relaciona a relevância com o juízo de admissibilidade. Segundo ele, “o problema da relevância e da pertinência se coloca em um momento posterior ao da admissibilidade, uma vez que não de ser considerados relevantes somente os meios de prova e os fatos que têm

dizer: é evidente que para se saber se certo meio de prova é relevante, deverá o julgador *valorá-la ex ante*, mas unicamente com o intuito de se saber se poderá, a partir dela, extrair informações úteis sobre a maneira como os fatos alegados ocorreram. Assim, a diferença entre os planos da admissibilidade e valoração probatória permanece, pois no juízo de relevância somente se *hipotetiza o êxito final do meio de prova*.⁴⁵⁷ Desse modo, se “a conclusão desse raciocínio hipotético for positiva, a prova será relevante. Se a conclusão for negativa, a prova será irrelevante e, por essa razão, o juiz deverá indeferi-la”.⁴⁵⁸

4.2 A VALORAÇÃO DA PROVA

A valoração da prova se trata de momento fundamental, adquirindo verdadeira “transcendência superior”, pois “dela depende a sorte do processo nas maiorias dos casos”; com efeito, a “vida, a liberdade, a honra e a dignidade, o patrimônio e o estado civil, a família e o lar das pessoas dependem do bom êxito ou do fracasso da prova judicial, e isso, por sua vez, principalmente da apreciação correta ou incorreta do juiz das provas apresentadas no processo”.⁴⁵⁹

Outrossim, a valoração da prova está intimamente ligada com a sua livre apreciação, pois consiste em “determinar o valor probatório de cada meio de prova em relação a um fato específico, e tem por objeto estabelecer quando e em que grau pode ser considerado como verdadeiro, sobre a base das provas relevantes, o enunciado que afirma a ocorrência desse fato”.⁴⁶⁰ Não há dúvidas, aliás, que o que tem vez é o sistema do livre convencimento motivado, conforme preceitua o art. 131 do Código Processo Civil e o art. 155 do Código de Processo Penal.

Nada obstante, uma ressalva é necessária. O processo de valoração da prova, fundamentalmente, compreende três momentos: a percepção, a reconstrução e o raciocínio. O primeiro momento diz respeito ao contato do juiz com os fatos, em

aptidão jurídica para serem demonstrados em juízo” (CAMBI, Eduardo. **A Prova Civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 264).

⁴⁵⁷ Afinal, novamente de acordo com Michele Taruffo, “Entrambe le valutazioni tendono pertanto a stabilire se l'esistenza del *factum probandum* può discendere logicamente, per via inferenziale, dalla proposizione che costituisce l'oggetto della prova, ma l'inferenza probatória si fonda sull'apprezzamento relativo all'attendibilità che le risultanze probatorie attribuiscono a tale proposizione, mentre il giudizio di rilevanza *ipotizza* l'esito positivo della prova” (Idem, **Studi sulla Rilevanza della Prova**. Op. cit. p.234).

⁴⁵⁸ MATTOS, Sérgio. O juiz é o destinatário da prova: porta aberta para o arbítrio? Op. cit. p. 448.

⁴⁵⁹ ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoría General de la Prueba Judicial**, Tomo I, Op. cit. p. 288.

⁴⁶⁰ TARUFFO, Michele. **La Prueba**. Op. cit. p. 139.

que há a percepção ou observação, direta ou indiretamente, mediante pessoas, coisas ou documentos. Já no segundo momento, percebidos os fatos, o julgador procede à sua representação ou reconstrução. Derradeiramente, no terceiro momento, há o raciocínio, por meio do qual o juiz chega à conclusão.⁴⁶¹

Aliás, aqui surge uma dificuldade: de fato, essas três fases não são separadas; além disso, o momento da percepção, especialmente, é tarefa eminentemente pessoal e vinculada exclusivamente ao juiz, o que demonstra a dificuldade em se estabelecer diretrizes de valoração da prova. Afinal, juntamente “com o pensar racional atuam igualmente os sentimentos”.⁴⁶²

Ademais, se a apreciação da prova e, conseqüentemente, o convencimento do julgador é “livre”, quais são as diretrizes probatórias a respeito? Aliás, seriam necessárias tais diretrizes? Contudo, em outra sede, já se afirmou que o livre convencimento motivado “confere liberdade ao julgador para apreciar as provas, mas desde que de acordo com a lógica e as máximas de experiência”⁴⁶³, sob pena da valoração da prova ser absolutamente arbitrária. Significa dizer: é necessária a tomada de diretrizes para a valoração da prova, justamente para que a escolha do julgador seja a mais racional possível.

Isso não significa, porém, um retorno ao sistema da prova legal, que, de um modo geral, é “a minuciosa determinação dos critérios de apreciação da prova e concomitante limitação ou exclusão *a priori* de determinadas provas, a que se subtrai crédito formal perante o magistrado, com vistas a restringir ao máximo a liberdade judicial”.⁴⁶⁴

Com efeito, o livre convencimento do juiz e, em especial, a valoração da prova, não deve ser subjetivo, mas objetivo, de forma que as regras a serem observadas não são “jurídicas”, senão “lógicas”.⁴⁶⁵ Em outras palavras, conforme

⁴⁶¹ ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria General de la Prueba Judicial**, Tomo I, Op. cit. p. 290-292. Ainda nesse sentido, ROSITO, Francisco. A prova e os modelos de constatação na formação do juízo de fato. Op. cit. p. 58.

⁴⁶² DÖHRING, Erich. **La Prueba: su practica y apreciación**. Traduzido por Tomás A. Banzhah. Buenos Aires: Ejea, 1972, p. 438.

⁴⁶³ GROSS, Marco Eugênio. **A Categoria das Máximas de Experiência no Âmbito do Livre convencimento do Juiz e o seu Controle pelo Superior Tribunal de Justiça**. Op. cit. p. 67. Assim, também BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 348.

⁴⁶⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. Op. cit. p. 186.

⁴⁶⁵ KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Op. cit. p. 19. Sobre isso, ver de um modo geral, o que foi referido em GROSS, Marco Eugênio. **A Categoria das Máximas de Experiência no Âmbito do Livre convencimento do Juiz e o seu Controle pelo Superior**

Massimo Nobili, a “liberdade moral do juiz não implica rejeição apriorística dos auxílios que a lógica e a ciência podem oferecer, tampouco rejeição de uma cuidadosa investigação sobre o momento intelectual e racional, *como componente essencial do juízo sobre o fato*”.⁴⁶⁶

Mas também há questões normativas que influenciam a valoração da prova, o que não pode ser desconsiderado.

Finalmente, deve ser acrescentado que é intuitivo que a valoração da prova implica um ato de conhecimento⁴⁶⁷, pois indicativo de uma “atividade” que necessariamente antecede a formação do conhecimento,⁴⁶⁸ e como tal, também é influenciado por questões epistemológicas.

Como corolário disso tudo, identificam-se basicamente três diretrizes relativas à valoração da prova: a primeira e a segunda, assim como as que se referem à admissibilidade da prova, são, respectivamente, de ordem epistemológica e normativa; a terceira e última, de caráter lógico.

4.2.1 Diretriz epistemológica de valoração probatória

Susan Haack é peremptória: “se você está tentando encontrar provas para fundamentar uma conclusão precipitada ao invés de acompanhar a prova para onde ela leva, você não está realmente investigando”.⁴⁶⁹

De fato, esse é o ponto epistemológico fundamental de qualquer investigação (e, por conseguinte, da investigação judicial): conforme já foi dito no início deste trabalho⁴⁷⁰, deve-se procurar a verdade, independentemente de nossas convicções pessoais a respeito da maneira como os fatos efetivamente ocorreram.

Ademais, pode-se concluir que seria *irracional* conceber que podemos decidir (do ponto de vista epistemológico) aquilo que *queremos crer*. Se alguém olha pela janela e vê que está chovendo, e, portanto, possui a convicção de que o dia

Tribunal de Justiça. Op. cit. p. 67-73. Aliás, “‘Freedom of proof’ does not imply freedom from the principles of logic, or principles of political morality, or formal norms of substantive law or procedure” (TWINING, William. Rethinking Evidence. In: **Rethinking Evidence: exploratory essays**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 244).

⁴⁶⁶ NOBILI, Massimo. **Il Principio del Libero Convincimento del Giudice**. Op. cit. p. 72.

⁴⁶⁷ KLAMI, Hannu Tapani; HATAKKA, Minna; SORVETULLA, Johanna. Burden of proof. Truth or law? Op. cit. p. 121.

⁴⁶⁸ PATTI, Salvatore. Libero Convincimento e Valutazione delle Prove. Op. cit. p. 486.

⁴⁶⁹ HAACK, Susan. Epistemology Legalized: or, truth, justice, and the american way. In: **Evidence and Inquiry: a pragmatist reconstruction of epistemology**. Op. cit. p. 364.

⁴⁷⁰ Ver *supra*, item 1.2.

está chuvoso, assim é porque teve percepção do fenômeno, e não simplesmente porque *era o desejo ter a convicção de que estava chovendo*.⁴⁷¹ Logo, a *convicção (das coisas empíricas) não está sob nosso domínio*, conforme a advertência de Ho Hock Lai.⁴⁷² Não há dúvida de que é *irracional* alguém perceber que está chovendo e, mesmo assim, negar a ocorrência do fenômeno, simplesmente porque essa é a sua convicção.

O que se quer dizer com isso é que *a íntima convicção não pode justificar por si só a verdade dos fatos*⁴⁷³, pois *irracional e por isso mesmo incompatível com a concepção epistêmica do processo*.⁴⁷⁴

Tais observações, embora possam parecer básicas, são imprescindíveis para se evitar que a valoração da prova seja “um fenômeno misterioso e indizível, não sujeito a análise e controle, impenetrável por consequência a qualquer tipo de investigação”.⁴⁷⁵ Noutras palavras, a diretriz epistemológica ora especificada é o primeiro passo para que a valoração da prova seja objetiva e racional, e não subjetiva e irracional. Afinal, embora sejam inquestionáveis os amplos poderes do órgão jurisdicional na apreciação da prova, *sempre há o limite da irracionalidade*, ou seja, *a liberdade conferida não é absoluta a ponto de permitir, por exemplo, a fantasia e o capricho*.⁴⁷⁶

E isso somente será possível se o julgador estiver comprometido epistemologicamente com a descoberta da verdade (possível) dentro do processo, impedindo, tanto quanto possível, a contaminação da valoração da prova por crenças particulares inflexíveis.

Com isso, evita-se, também, que a apreciação fática se limite a uma valoração de equidade ou conveniência. Vale dizer: ainda que a instrução probatória tenha sido ampla, mas a dúvida permanece, não poderá o julgador considerar provados os fatos somente porque lhe parece mais justo acolher o pedido.⁴⁷⁷

⁴⁷¹ A respeito da “interpretação dos fatos”, ver o que foi referido no item 3, *supra*.

⁴⁷² LAI, Ho Hock. **A Philosophy of Evidence Law**: justice in the search for truth. Op. cit. p. 99.

⁴⁷³ GASCÓN ABELLAN, Marina. **Los hechos en el derecho**: bases argumentales de la prueba. Op. cit. p. 143.

⁴⁷⁴ TARUFFO, Michele. **La Semplice Verità**: il giudice e la costruzione dei fatti. Op. cit. p. 161.

⁴⁷⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Problemas atuais da livre apreciação da prova. Op. cit. p.61.

⁴⁷⁶ FERNÁNDEZ, Sergi Guasch. **El Hecho y el Derecho en la Casación Civil**. Op. cit. p. 462.

⁴⁷⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Problemas atuais da livre apreciação da prova. Op. cit. p.61.

4.2.2 Diretrizes normativas de valoração probatória

A valoração da prova, não obstante ser um ato essencialmente de conhecimento, também deve levar em conta critérios normativos.

Assim, em primeiro lugar, o julgador deverá se basear unicamente nos elementos de prova existentes nos autos, com exceção dos fatos notórios, sobretudo em razão da proibição da utilização de seus conhecimentos privados⁴⁷⁸, com o intuito de se evitar o *arbitrium iudicis*.⁴⁷⁹ Trata-se de concepção que vai ao encontro do direito à prova, pois essa garantia permite às partes a introdução no processo de todo o material fático necessário⁴⁸⁰ para fins de formação da convicção do órgão jurisdicional acerca do que foi discutido no processo.⁴⁸¹ Significa dizer, portanto, que a valoração da prova deve ser realizada sobre todas as provas apresentadas pelas partes⁴⁸², não podendo ser olvidados, ainda, os poderes instrutórios do juiz.

Ainda como diretriz normativa de valoração probatória, o julgador deverá levar em consideração *todas as possibilidades dignas de efetivo acontecimento*. Ou seja, todas as hipóteses possíveis devem ser necessariamente sopesadas pelo juiz.⁴⁸³

Essa concepção, por sua vez, vai ao encontro do direito fundamental ao contraditório (e por isso mesmo que se trata de diretriz normativa), porquanto “sempre há a necessidade de se admitir que as partes possam previamente ‘interloquire avanzando’ e justificando as próprias hipóteses, tendencialmente diversas e contrárias, acerca da eficácia atribuída às provas, com vistas à verificação dos fatos”.⁴⁸⁴ Em última análise, o ponto também se liga com a colaboração processual, em que ganha destaque o diálogo judicial, pois é precisamente o confronto entre as diversas opiniões que torna possível a *reconstrução racional do fato e se assegura a atendibilidade do resultado cognoscitivo*.⁴⁸⁵ Em síntese: a

⁴⁷⁸ BOVE, Mauro. **Il Sindacato della Corte di Cassazione**: contenuto e limiti. Op. cit. p. 199.

⁴⁷⁹ RUSSO, Vincenzo; ABET, Antonio. **La Prova Indiziaria e il <giusto processo>**: l’art. 192 C.P.P. e la legge 63/2001. Op. cit. p. 193.

⁴⁸⁰ CAVALLONE, Bruno. Crisi delle <maximen> e disciplina dell’istruzione probatoria. In: **Rivista di Diritto Processuale**, v. XXXI, 1976, p. 688.

⁴⁸¹ PICÓ I JUNOY, Joan. **El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil**. Op. cit. p.18-19.

⁴⁸² TARUFFO, Michele. Il diritto alla prova nel processo civile. Op. cit. p. 112.

⁴⁸³ DÖHRING, Erich. **La Prueba**: su practica y apreciación. Op. cit. p. 410-411.

⁴⁸⁴ TARUFFO, Michele. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Op. cit. p. 406.

⁴⁸⁵ MANNARINO, Nicola. **La Prova nel Processo**. Op. cit. p. 284-285.

diretriz normativa de valoração probatória (decorrente do direito fundamental ao contraditório) impõe ao juiz a obrigatoriedade de levar em consideração, na apreciação dos elementos informativos, todas as hipóteses fáticas alegadas pelas partes.

4.2.3 Diretrizes lógicas de valoração probatória

A primeira diretriz lógica *indica ao julgador que a valoração da prova não pode dissociar do contexto social em que inserida a atividade judicial.*⁴⁸⁶ Deve-se aspirar, assim, um “consenso geral” a respeito, a fim de que seja o mais razoável possível a apreciação dos fatos pelo julgador.⁴⁸⁷ Consequentemente, a valoração da prova é também um juízo de aceitabilidade.

No particular, sobressai, novamente, as máximas de experiência, comuns e técnicas, pois a apreciação das provas deverá por elas ser guiada.⁴⁸⁸ Desse modo, o julgador aplica a máxima de experiência sobretudo no momento em que valora a atendibilidade da fonte.⁴⁸⁹ Note-se: o primeiro passo para se estabelecer conexão entre as provas e os fatos consiste em valorar a credibilidade do meio de prova⁴⁹⁰, o que efetivamente pode ser feito mediante a aplicação de máximas de experiência. Por exemplo, certamente o juiz conferirá maior relevância para o que foi relatado por testemunha que estava mais próxima de um acidente de trânsito, pois, segundo as máximas de experiência comum, sabe-se que aquele que está mais próximo de determinado evento, certamente observou com maior precisão o que efetivamente ocorreu.

Ainda sob o viés lógico, sobressai a necessidade de a valoração da prova se fundamentar em um raciocínio internamente coerente. Significa dizer, portanto, que não pode haver contradições, tal como se verifica quando a mesma circunstância é

⁴⁸⁶ TARUFFO, Michele. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Op. cit. p. 396.

⁴⁸⁷ PATTI, Salvatore. *Libero convincimento e valutazione delle prove*. Op. cit. p. 515.

⁴⁸⁸ AMARAL SANTOS, Moacyr. **Prova Judiciária no Cível e no Comercial**, v. 1, 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 382.

⁴⁸⁹ RUSSO, Vincenzo; ABET, Antonio. **La Prova Indiziaria e il <giusto processo>**: l'art. 192 C.P.P. e la legge 63/2001. Op. cit. p. 56. Ainda nesse exato sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. Reexame de prova diante dos recursos especial e extraordinário. In: **Revista de Processo**, v. 130, ano 30, dez. 2005, p. 28.

⁴⁹⁰ TARUFFO, Michele. **La Prueba**. Op. cit. p. 139.

considerada contemporaneamente verdadeira e não verdadeira ou o mesmo elemento de prova é considerado com credibilidade e sem credibilidade.⁴⁹¹

Por óbvio, igualmente não se pode admitir contradições no resultado da valoração conjunta da prova, devendo haver *univocidade a respeito*. Daí a afirmação de que “racional é, portanto, a valoração de mais elementos de prova que resolverem as suas divergências indicando univocamente a hipótese mais confiável; irracional é, ao contrário, a valoração que não resolve as divergências e, portanto, não indica uma solução unívoca”.⁴⁹²

4.3 A ADOÇÃO DA DECISÃO

A valoração do material probatório permite ao julgador outorgar a cada elemento de prova um determinado grau de confirmação. Na fase seguinte, referente à adoção da decisão final, o julgador deverá decidir se a hipótese fática alegada restou provada de acordo com o grau de confirmação que dispõe.⁴⁹³ Ou seja, “decidir sobre os fatos significa resolver essa incerteza e determinar, a partir dos meios de prova apresentados, se foi provada a verdade ou falsidade dos enunciados”.⁴⁹⁴

Significa dizer: este é o momento fundamental em que o julgador deverá proceder à escolha da alternativa que lhe foi posta como possibilidade.

Ao lado disso tudo, deve-se ter presente a ideia de que é justamente a valoração da prova que irá conferir um certo grau de confirmação (probabilidade) acerca de uma determinada hipótese.

O tema, conforme se pode perceber, encaminha-se para os modelos de constatação, ou *standarts* probatórios, que, especificamente no que se refere à adoção da decisão, são os critérios que auxiliam o julgador nessa tarefa, pois “representam uma forma de viabilizar não um mecanismo de controle numérico-quantitativo – o que seria, obviamente, irrealizável -, mas uma pauta ou critério à

⁴⁹¹ Idem. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Op. cit. p. 399.

⁴⁹² Ibidem, ibidem.

⁴⁹³ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La Valoración Racional de la Prueba**. Op. Cit. p. 47.

⁴⁹⁴ TARUFFO, Michele. **La Prueba**. Op. cit. p. 131.

luz do qual o juízo de fato pode ser formado e submetido ao contraditório”⁴⁹⁵, permitindo “o controle da convicção judicial objeto de uma determinada decisão”.⁴⁹⁶

Ou seja, no âmbito da adoção da decisão, *as diretrizes probatórias se confundem com os modelos de constatação*, porquanto igualmente são *critérios* que auxiliam o julgador no que se refere à escolha que deverá realizar.

Além do mais, conforme restará demonstrado, os *standards* probatórios são absolutamente afeitos ao modelo probabilístico do juízo de fato que se procurou construir até aqui, pois somente se trabalha no terreno do provável, ou seja, da probabilidade.

Cumpre, pois, analisá-los separadamente.

4.3.1 Preponderância de prova

Trata-se de modelo de constatação aplicável no juízo cível,⁴⁹⁷ e que significa fundamentalmente que se deve considerar como provado aquilo que é “mais provável do que não”.⁴⁹⁸

A “preponderância de prova”, nesse sentido, não é definida quantitativamente, não dependendo, por exemplo, para sua configuração, do número de testemunhas ouvidas em juízo; ao contrário, *ela é uma questão de grau*, ou seja, concretiza-se mediante a prova que possui maior peso ou força de persuasão.⁴⁹⁹ Não por menos, esse *standard* é descrito como “probabilidade da verdade”⁵⁰⁰, de modo que “a procedência ou improcedência do pedido está sujeita ao grau de probabilidade superior à tese adversária”.⁵⁰¹ Assim, já restou decidido que, em se tratando de responsabilidade civil por acidente de trânsito, aplica-se o modelo de constatação fática da preponderância de provas, *modelo esse que racionaliza o juízo de fato quando da formação do convencimento do julgador*”, não

⁴⁹⁵ KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Op. cit. p. 37.

⁴⁹⁶ Idem. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. Op. cit. p.21.

⁴⁹⁷ MCBAIN, J. P. Burden of proof: degrees of belief. In: **California Law Review**, v. 32, set. 1944, p.245.

⁴⁹⁸ MCCAULIFF, C. M. A. Burdens of proof: degrees of belief, quanta of evidence, or constitutional guarantees? In: **Vanderbilt Law Review**, v. 35, 1982, p. 1303; KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Op. cit. p. 38.

⁴⁹⁹ MCBAIN, J. P. Burden of proof: degrees of belief. Op. cit. 247.

⁵⁰⁰ REARDON, George. Evidence: proof beyond a reasonable doubt in civil cases. In: **University of Florida Law Review**, v. XXVII, 1974-1975, p. 260.

⁵⁰¹ ROSITO, Francisco. A prova e os modelos de constatação na formação do juízo de fato. Op. Cit. p.62.

havendo “necessidade de juízo de certeza, mas de mera preponderância de provas (probabilidade)”.⁵⁰²

Tudo isso é complementado pela *probabilidade lógica prevalente*, no sentido de que o único critério racional de escolha da hipótese que parece mais confiável é aquele que se fundamenta sobre a relação entre os diversos valores de probabilidade lógica, *privilegiando a hipótese caracterizada pelo valor mais elevado*, com base nas provas disponíveis.⁵⁰³ Em outras palavras, “depende da comparação entre o grau de probabilidade resultante a partir da análise da última prova produzida e o grau de probabilidade próprio do panorama que lhe precede”.⁵⁰⁴

Ou seja, deve-se eleger a hipótese mais provável entre as diversas reconstruções possíveis dos fatos.⁵⁰⁵ Com efeito, havendo as hipóteses fáticas “A” e “B”, sendo a última mais provável com base no material probatório, não seria *racional* escolher a hipótese menos provável.

Ao lado disso, ganha especial dificuldade o conflito entre provas. De fato, no âmbito penal e tributário, o ponto não possui maior controvérsia, pois, de um modo geral, “no processo penal, a solução sempre há de ser a absolvição do réu; no tributário, a solução há de ser a anulação do lançamento”.⁵⁰⁶

No processo civil, contudo, as coisas se passam de modo diferente.

De um lado, há o entendimento de que, havendo o conflito entre provas, deve-se privilegiar o princípio da imediatidade, razão pela qual “é de se prestigiar a convicção do julgador monocrático que, mantendo contato direto com as partes e testemunhas, estava em melhores condições de aferir sua credibilidade”.⁵⁰⁷

⁵⁰² Apelação Cível Nº 70025986068, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Judith dos Santos Mottecy, Julgado em 20/11/2008.

⁵⁰³ Idem. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Op. cit. p. 273-274.

⁵⁰⁴ REICHEL, Luis Alberto. **A Prova no Direito Processual Civil**. Op. cit. p. 225.

⁵⁰⁵ GASCÓN ABELLAN, Marina. **Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba**. Op. cit. p. 144.

⁵⁰⁶ KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos juízos cível, penal e tributário**. Op. Cit. p. 72.

⁵⁰⁷ Recurso Cível Nº 71002794949, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 17/12/2010. Análogo entendimento foi aplicado quando do julgamento da Apelação Cível Nº 70004931630, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Clarindo Favretto, Julgado em 18/09/2003, embora, nesse caso, também foi asseverado não ser “viável emitir provimento jurisdicional condenatório embasado na prova geradora de versões conflitantes”, que, conforme será visto a seguir, é também uma das soluções apontadas.

De outro, aponta-se que, nesse caso, o pedido deve ser julgado improcedente, porquanto o autor não se desincumbiu de seu ônus probatório, pois a ele incumbe fornecer a prova.⁵⁰⁸

Entretanto, a solução mais prudente e adequada, *sobretudo porque vai ao encontro da busca pela verdade e, conseqüentemente, com a produção de uma decisão mais justa*, é a de determinar a conversão do julgamento em diligência⁵⁰⁹, o que não é desconsiderado por alguns precedentes jurisprudenciais.⁵¹⁰ Nada obstante, caso isso não for possível ou a dúvida permanecer em razão da insuficiência probatória, deve-se então recorrer às máximas de experiência, a fim de se acolher a alternativa mais provável.⁵¹¹

4.3.2 Prova acima da dúvida razoável

Trata-se de modelo de constatação que possui suas raízes no *common law* (*proof beyond reasonable doubt*), aplicável no juízo penal⁵¹², concretizador da

⁵⁰⁸ KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos juízos cível, penal e tributário**. Op. Cit. p. 73. Esse entendimento, por exemplo, foi aplicado na Apelação Cível Nº 70051352763, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 22/11/2012; Apelação Cível Nº 70039548706, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 13/04/2011; Apelação Cível Nº 70036224137, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 24/02/2011. Sobre a imediação, ver a crítica constante na nota de rodapé 339.

⁵⁰⁹ KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos juízos cível, penal e tributário**. Op. Cit. p. 74.

⁵¹⁰ Agravo Nº 70036632321, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Guinther Spode, Julgado em 21/09/2010.

⁵¹¹ KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos juízos cível, penal e tributário**. Op. Cit. p. 74. Em sentido aproximado, foi isso o que restou decidido no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, oportunidade em que foi referido pelo Des. Bayard Ney de Freitas Barcellos que “A versão trazida pela autora é a mais improvável para o evento, ainda que não se possa afirmar que o acidente não tenha acontecido da forma sustentada pela requerente. Não é impossível, portanto, mas contrário ao que normalmente acontece. Difícil basear qualquer decisão no precário “levantamento” efetuado pela Polícia Rodoviária, fl. 14, quando o motorista do caminhão estava morto e não poderia fornecer sua versão. Analisada a prova trazida aos autos, não vejo esclarecida a forma como o caminhão ingressou na contramão, bateu no lado direito frontal do ônibus e ambos os veículos foram parar na pista e no acostamento do lado por onde trafegava o caminhão. As fotografias mostram que ao ônibus seria fácil escapar pela forma normal, desviando para a direita, onde há um alargamento na pista. Só poderia ir para a pista contrária, da esquerda, na contramão, se estivesse efetuando ultrapassagem, como sustentado pela ré. A prova testemunhal é pouco esclarecedora, consistindo em depoimentos de pessoas vinculadas às partes, ou como empregados, ou como “colegas”. O caminhão, no caso em tela, era mais leve que o ônibus. Difícilmente conseguiria arrastar o coletivo para a pista contrária e jogá-lo para fora da estrada. Ao que se percebe, foi o ônibus que empurrou o caminhão, fazendo-o ficar parado quase no sentido contrário ao que transitava, enquanto o coletivo foi cair fora da estrada, em sua contramão. Sem cabal demonstração da versão improvável da autora, tenho que é de ser julgada improcedente a ação” (Apelação Cível Nº 70000538900, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Voltaire de Lima Moraes, Julgado em 12/06/2002).

⁵¹² MCBAINE, J. P. **Burden of proof: degrees of belief**. Op. cit. 245; ROSITO, Francisco. **A prova e os modelos de constatação na formação do juízo de fato**. Op. cit. p. 59.

presunção de inocência⁵¹³, e que, por sua vez, encontra fundamento na nossa Constituição Federal, pois, segundo o seu art. 5º, LVII, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Representativo disso tudo é o notório caso norte-americano “Winship”⁵¹⁴, quando firmou-se o entendimento de que quando um jovem é acusado de um ato que seria considerado crime se fosse cometido por um adulto, o *standard* probatório a ser utilizado para tanto é o da “prova além da dúvida razoável”, e não o da “preponderância das provas”, sob pena de ofensa ao *due process of law*. Na oportunidade, foi referido pelo *Justice* Brennan, em seu voto, que o “*standard* da dúvida razoável possui papel essencial no processo penal americano. *É instrumento primordial para reduzir os riscos de condenação que repousam sobre erros factuais. O standard reclama substância concreta para a presunção de inocência*”. Por isso, ainda segundo o *Justice* Brennan, a “*exigência do standard, além da dúvida razoável, é fundamental no processo criminal. O acusado, durante o processo penal, possui interesses de enorme importância, seja porque ele pode perder a sua liberdade após a condenação, seja devido à certeza de que ele seria estigmatizado em razão desta condenação. Portanto, a sociedade que valoriza o bom nome e a liberdade de cada indivíduo não deve condenar uma pessoa pela prática de um crime quando há dúvida razoável sobre a sua culpa*”. E, fazendo referência ao caso *Speiser v. Randall*, transcreve parte de seu voto naquele caso, quando referiu que “há sempre, no litígio, uma *margem de erro* (...) e que ambas as partes devem levar em consideração”. Mais adiante lembra que o “uso do *standard* da dúvida razoável é indispensável para comandar o respeito e a confiança da comunidade na aplicação da lei penal. É fundamental que a força moral do direito penal não seja diluída por um *standard* probatório que deixe as pessoas em dúvida se um homem inocente está sendo condenado”.

Por sua vez, *Justice* Harlan, em seu voto, complementa que, às vezes, o juiz, “apesar de seus esforços”, incidirá em erro nas suas conclusões. Isso porque “em uma ação judicial entre duas partes, um erro de fato pode fazer a diferença” de duas formas. A “primeira pode resultar em um julgamento favorável ao requerente, quando a verdade dos fatos justifica um julgamento” a favor “do réu. O análogo em um processo penal seria a condenação de uma pessoa inocente. Por outro lado,

⁵¹³ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Standards probatórios**. Op. cit. p. 157.

⁵¹⁴ 397 U.S. 358 (1970).

uma verificação errônea dos fatos pode resultar em um julgamento” a favor do “réu quando a verdade dos fatos justifica um julgamento a favor do requerente. O análogo em um processo penal seria a absolvição de um culpado. Os *standards* probatórios influenciam a frequência relativa destes dois tipos de erros. Se, por exemplo, o *standard* probatório para um processo penal fosse a preponderância de provas, ao invés da prova além da dúvida razoável, haveria um risco menor de erros sobre os fatos que resultasse em absolvição de uma pessoa culpada, *mas um risco bem maior de erro sobre os fatos que resultasse em condenação de um inocente*”.

Assim, referido modelo de constatação ultrapassa a “alta probabilidade”⁵¹⁵, concretizando-se, de um modo geral, quando se alcança a superação da dúvida⁵¹⁶, razão pela qual “o grau de convencimento deve ser extremamente alto, quase certo”.⁵¹⁷

Aliás, conforme J. P. McBaine, o termo “dúvida razoável”, de acordo com as decisões judiciais norte-americanas, possui diversos significados, como “dúvida pela qual uma razão possa ser dada” (*doubt for which a reason can be given*), “uma dúvida existente por alguma razão” (*a doubt existing for reason*), “uma dúvida que faria um homem prudente hesitar em tomar uma decisão sobre uma questão importante” (*a doubt which would cause a prudent man to hesitate in taking action upon an important matter*), “dúvida substancial” (*a substantial doubt*), “crença em uma certeza moral” (*belief to a moral certainty*), “uma desconfiança honesta e substancial” (*an honest and substantial misgiving*), “dúvida séria e bem fundamentada” (*serious and well founded doubt*), etc. De outro lado, expressões negativas também são usadas para definir “dúvida razoável”, tal qual “culpa não precisa ser provada conclusivamente” (*guilt need not be proved conclusively*), “não uma conjectura vaga” (*not a vague conjecture*), “não uma dúvida especulativa e caprichosa” (*not a capricious and speculative doubt*), “não uma dúvida arbitrária” (*not an arbitrary doubt*), “não uma dúvida trivial” (*not a trivial doubt*), “não uma mera possibilidade de dúvida” (*not a mere possible doubt*), “não uma dúvida imaginária”

⁵¹⁵ KNIJNIK, Danilo. **Os standards do convencimento judicial**: paradigmas para o seu possível controle. Op. cit. p. 35.

⁵¹⁶ De acordo com Jonathan L. Cohen, “in a relatively uncomplicated case proof beyond reasonable doubt – i.e. na inductive probability that amounts to virtual certainty – is achieved when every let-out of this nature is eliminated, either by oral, documentar, or other evidence, or by reference to facts that the defence admits or the court is prepared to notice” (COHEN, L. Jonathan. **The Probable and the Provable**. Op. cit. p. 249).

⁵¹⁷ MCBAIN, J. P. Burden of proof: degrees of belief. Cit. p. 255.

(*not an imaginary doubt*).⁵¹⁸ Rosenberg acrescenta que o termo “dúvida razoável” também é entendido como “verdadeira”, “justa”, “lógica”, “substancial” ou “real”.⁵¹⁹

Note-se, porém, que ainda se está no terreno da probabilidade. Afinal, “não se pode demonstrar que é absolutamente certo que o acusado cometeu o assassinato, roubou o banco, desviou fundos ou cometeu vários crimes que são comuns na sociedade”; o ônus que recai sobre a acusação, portanto, é o de demonstrar que “os fatos sobre os quais depende a culpa serão estabelecidos como certamente verdadeiros”.⁵²⁰

4.3.3 Prova clara e convincente

A “prova clara e convincente” é um modelo de constatação intermediário, que se coloca entre a “preponderância de prova” e a “prova além da dúvida razoável”, igualmente definido como prova “clara, precisa e indubitável” e “clara, cogente e convincente, suscetível a gerar forte presunção”, em que o grau de prova reclamado é “mais do que a preponderância de prova e menos do que a prova além da dúvida razoável”.⁵²¹

Também é aplicável no juízo cível, mas cujos interesses são mais importantes ou mesmo “quase-penais”⁵²², a exemplo da destituição do pátrio poder, da alegação de fraude (que pode gerar consequências penais) e da improbidade administrativa.⁵²³

Esse *standard* se satisfaz com a “alta probabilidade”⁵²⁴. De fato, no caso *Horner v. Flynn*⁵²⁵, a *Supreme Judicial Court* definiu que a prova “é clara e convincente (...) se possui alta capacidade de induzir o convencimento”.⁵²⁶ Daí

⁵¹⁸ MCBAINE, J. P. Burden of proof: degrees of belief. Cit. p. 257.

⁵¹⁹ ROSENBERG, Irene Merker; ROSENBERG, Yale. L. “Perhaps what we say is based only on conjecture” – circumstantial evidence, then and now. In: **Houston Law Review**, v. 31, 1994-1995, p.1408.

⁵²⁰ MCBAINE, J. P. **Burden of proof**: degrees of belief. Cit. p. 257-258.

⁵²¹ REARDON, George. **Evidence**: proof beyond a reasonable doubt in civil cases. Op. cit. p. 261.

⁵²² MCCAULIFF, C. M. A. **Burdens of proof**: degrees of belief, quanta of evidence, or constitutional guarantees?. Op. cit. p. 1320.

⁵²³ KNIJNK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Op. cit. p. 38.

⁵²⁴ Idem. **Os standards do convencimento judicial**: paradigmas para o seu possível controle. Op. cit. p. 34.

⁵²⁵ 334 A.2d 194 (1975).

⁵²⁶ REARDON, George. *Horner v. Flynn*: a preponderance of clear and convincing evidence. In: **Maine Law Review**, vol. 28, 1976, p. 241.

porque a parte tem o ônus de convencer o julgador de que sua hipótese fática é altamente provável, ao invés de simplesmente ser “mais provável do que não”.⁵²⁷

Por exemplo, em caso envolvendo improbidade administrativa, entendeu-se que o conjunto probatório era “convincente”, a justificar a condenação do réu,⁵²⁸ enquanto que, no que se refere ao direito de família, “*inexistindo prova cabal* de qualquer das causas elencadas no art. 1.638 do CCB, descabe destituir os genitores do poder familiar”.⁵²⁹

4.3.4 Prova incompatível com qualquer hipótese de inocência

Esse modelo é extremamente rigoroso, e se aplica no processo penal que envolve prova indiciária, cuja valoração, evidentemente, está sujeita a maior possibilidade de erro.⁵³⁰

Paradigmático, nesse sentido, é o famoso caso *Commonwealth v. Webster*, de 1850, em que se consignou que, em se tratando de “provas circunstanciais” (indícios, portanto), “grande cuidado e atenção deve ser usado nas inferências dos fatos provados”, de modo que é “essencial que os indícios sejam tomados como um todo”, excluindo-se, por conseguinte, “qualquer outra hipótese que não a da culpabilidade”.⁵³¹

Aliás, justamente porque maior propenso ao erro, pode ser questionável a legitimidade de o julgamento, sobretudo o penal, se basear unicamente em prova indireta, que, tradicionalmente, refere-se aos indícios, enquanto que a prova direta se refere aos fatos principais.⁵³² Contudo, “não há diferença significativa entre provas circunstancial e direta”, sendo, sobretudo, apenas uma “questão de grau”.⁵³³ Por conseguinte, “toda e qualquer prova é sempre indireta em alguma medida”. Não há, pois, “distinção no plano ontológico entre tais provas, justificando-se, assim, a construção jurisprudencial segundo a qual há igualdade entre os indícios e a prova

⁵²⁷ Ibidem, p. 243.

⁵²⁸ Apelação Cível nº 70010301794, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Ari Azambuja Ramos, Julgado em 29/09/2005.

⁵²⁹ Apelação Cível nº 70013811450, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 19/04/2006.

⁵³⁰ KNIJNK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Op. cit. p. 41-43.

⁵³¹ ROSENBERG, Irene Merker; ROSENBERG, Yale. L. “Perhaps what we say is based only on conjecture” – circumstantial evidence, then and now. Op. cit. p. 1391-1392.

⁵³² MÜLLER, Christoph Markus. **Anscheinsbeweis im Strafprozess**. Op. cit. p.150.

⁵³³ ROSENBERG, Irene Merker; ROSENBERG, Yale. L. “Perhaps what we say is based only on conjecture” – circumstantial evidence, then and now. Op. cit. p. 1410.

‘direta’”, razão pela qual pode “o julgador, pelo princípio da livre convicção, formar o juízo de fato com base na prova indiciária”. O que há, porém, na prova indiciária, é “uma maior probabilidade de erro”, reclamando-se, portanto, prudência.⁵³⁴

Nessa direção, já se decidiu, por exemplo, conforme consta na ementa do julgado, que quando “robustos e veementes os indícios e contraditórias as explicações dadas pelo réu, são aqueles suficientes, porque não desautorizados por outros elementos probatórios, para embasar solução condenatória”.⁵³⁵ Desse modo, “embora seja um meio indireto de prova, não é ela [a prova indiciária] desvalorada pelo ordenamento processual, quando sim possui efetivo peso probatório, vez que é utilizada sempre em um contexto que permite o raciocínio indutivo”, devendo ser observado que os indícios devem ser “sérios e fundados”.⁵³⁶

⁵³⁴ KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Op. cit. p. 26-31.

⁵³⁵ Apelação Crime nº 70008181091, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Luís Carlos Ávila de Carvalho Leite, Julgado em 24/08/2005.

⁵³⁶ Embargos Infringentes nº 70019131267, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em 25/05/2007. Ainda, há o seguinte precedente oriundo do extinto Tribunal de Alçada do RS, assim ementado: “PROVA INDICIÁRIA. VALOR. A jurisprudência tem aceito a condenação de réus, quando a prova indiciária for veemente ou quando várias pequenas circunstâncias sejam concordes até em detalhes. Por indício veemente entende-se aquele que, dada a sua natureza, permite razoavelmente afastar todas hipóteses favoráveis ao acusado. Às vezes uma sucessão de pequenos indícios coerentes e concatenados, igualmente podem dar a certeza exigida para a condenação” (AC nº 297039794).

SEGUNDA PARTE

O CONTEXTO JUSTIFICATIVO: A MOTIVAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL EM RELAÇÃO AO JUÍZO DE FATO

1 OS FUNDAMENTOS E AS FUNÇÕES DA MOTIVAÇÃO JUDICIAL

Não há como propor um convencimento racional do juiz a respeito dos fatos sem haver a preocupação com o modo pelo qual esse convencimento é exteriorizado.⁵³⁷ Ou seja, é justamente a motivação, isto é, a justificação do juiz a respeito das escolhas realizadas no âmbito do contexto decisório, que também irá fazer com que a decisão do juiz seja o mais racional possível.⁵³⁸

Daí porque, primeiramente, para a boa compreensão do tema, devem ser analisados os fundamentos da motivação judicial. Posteriormente, porque diretamente ligadas aos fundamentos, serão examinadas as suas funções, sob viés contemporâneo.

1.1 OS FUNDAMENTOS HISTÓRICOS

Toda análise historiográfica deve ter um ponto de partida objetivo. O motivo é evidente: impossível verificar um taxativo início sobre algum fenômeno, pelo menos no âmbito jurídico.

No caso em análise, isso se refere à motivação da decisão judicial e, tendo em vista a notória influência do direito romano sobre o nosso sistema,⁵³⁹ opta-se por ser este o ponto de partida.

⁵³⁷ Nas palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “a motivação assume realmente um papel de racionalização da valoração das provas, não afastada nem mesmo pela discricionariedade ínsita nesta, reclamando decisão jurisdicional sempre justificada de forma adequada” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil**: proposta de um formalismo-valorativo. Op. cit. p.106).

⁵³⁸ Embora, conforme lembra Jürgen Brüggemann, a racionalidade da decisão judicial nem sempre foi incontestável, tendo em vista a presença de elementos “alógicos” (BRÜGGEMANN, Jürgen. **Die richterliche Begründungspflicht**. Op. cit. p. 56).

⁵³⁹ Que, porém, também teve influência do germanismo. A propósito, em especial sobre a influência do romanismo e germanismo no ordenamento italiano, ver CHIOVENDA, Giuseppe. Romanesimo e Germanesimo nel Processo Civile. In: **Saggi di Diritto Processuale Civile**. Milano: Giuffrè, 1993, v. I, 181-224. Por sua vez, sobre a influência do direito alemão e italiano no ordenamento processual brasileiro, ver MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. In: **Revista de Processo**, n. 183, mai. 2010, p. 165-194.

A propósito disso, o procedimento das *legis actiones*, marcado especialmente por ritos, em que, por exemplo, havia a necessidade de recitar fórmulas rigorosamente estabelecidas perante o magistrado ou mesmo tocar com a varinha (*vindicta*) o objeto em litígio, embora inicialmente fosse unitário, evoluiu posteriormente para uma bipartição. A fase *in iure*, que ocorria perante o magistrado judicial (pretor), ou seja, perante o titular da *iurisdictio* estatal, servia para decidir se existia proteção jurídica (*actio*). Caso negativo, recusava-se liminarmente a *actio*; se afirmado o cabimento, concedia-se o processo requerido. Já a segunda fase, denominada *apud iudicem*, ocorrida perante um particular a quem era confiada a função judicial, destinava-se à produção de provas e à sentença.⁵⁴⁰

Nada obstante a ausência de maiores referências acerca das sentenças proferidas na *legis actiones*,⁵⁴¹ a opinião comum é de que, de regra, a sentença durante este período efetivamente não possuía fundamentação. Sobretudo, vale a seguinte presunção: “de um lado, a liberdade de apreciação dos meios de prova que tinha o juiz privado e, de outro, a inexistência de meios de impugnação, são argumentos que levam a concluir hipoteticamente a ausência de motivação durante o sistema das ações da lei”.⁵⁴²

Em seguida, no novo processo, definido como *per formulas*,⁵⁴³ persistiu a bipartição verificada nas *legis actiones*.⁵⁴⁴ O autor também aqui requeria perante o magistrado a concessão de uma *actio*, e caso fosse procedente, concedia-se a fórmula,⁵⁴⁵ a qual tinha o intuito de estabelecer a tarefa do julgador, indicando o que deveria ser considerado como verdadeiro ou não para poder condenar o réu. Resumidamente, as estruturas das fórmulas da ação se consubstanciavam na

⁵⁴⁰ Conforme KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Traduzido por Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1992, p. 429-431.

⁵⁴¹ MURILLO VILLAR, Alfonso. La motivación de la sentencia em el proceso civil romano. In: **Cuadernos de Historia del Derecho**, n. 2, 1995, p. 16.

⁵⁴² ALISTE SANTOS, Tomás-Javier. **La Motivación de las Resoluciones Judiciales**. Op. cit. p. 40.

⁵⁴³ Isso não significa, contudo, que houve de imediato o desaparecimento do processo das *legis actiones*, na medida em que referido procedimento permaneceu em “pleno vigor”, havendo o seu aperfeiçoamento durante décadas até culminar no processo formulário (PUGLIESE, Giovanni. **Instituzioni di Diritto Romano**. 3. ed. Torino: Giappichelli, 1991, p. 267). Carlos Alberto Alvaro de Oliveira bem evidencia essa ideia: “a transformação do procedimento da *legis actio* no processo formulário começou por volta de 200 a.C. e gradualmente progrediu durante os anos seguintes, tendo adquirido com Augustus pleno desenvolvimento, conquanto registradas certas resistências. De tal sorte, em virtude de leis editadas em seu reinado, especialmente as duas *leges Juliae iudicariae* (30 a. C. a 14 d. C.), o procedimento formulário tornou-se o modo ordinário e mesmo compulsório de se conduzir a ação” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil**: proposta de um formalismo-valorativo. Op. cit. p. 21).

⁵⁴⁴ PUGLIESE, Giovanni. **Instituzioni di Diritto Romano**. Op. cit. p. 276-277.

⁵⁴⁵ KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Op. cit. 440-444.

demonstratio, em que se indicava o fato sobre o qual se baseava a controvérsia; na *intentio*, em que o autor enuncia a sua pretensão (e fundamentação); e na *condemnatio*, em que, como o próprio nome indica, conferia-se ao julgador o poder de condenar ou absolver.⁵⁴⁶

A segunda fase do processo *per formulas* destinava-se para a produção de prova e pronúncia da sentença⁵⁴⁷, sendo que a fórmula prévia é que instruía o *iudex* acerca de suas funções.⁵⁴⁸

Especialmente no que se refere ao direito probatório, importa ter presente a ideia de que “nenhuma norma jurídica regulava de modo específico a atividade do *iudex* no tocante à assunção e à valoração das provas: nos limites da fórmula, gozava ele da mais ampla liberdade de consciência, e nada vinculava o seu convencimento pessoal, embora coubesse às partes exercer todos os meios de prova”.⁵⁴⁹ Daí a razão pela qual Giuseppe Chiovenda refere ser essencialmente romano o princípio de que a prova é dirigida para a formação do livre convencimento do juiz, que deve ser inferida a partir da consciência, observação e valoração dos fatos, chegando, inclusive, a referir que o princípio era tão relevante que o julgador poderia se eximir de julgar (*subi non liquere*) caso os fatos não lhe parecessem suficientemente claros.⁵⁵⁰

No que toca à motivação da sentença proferida, não há uniformidade doutrinária a respeito.

Conforme percuciente análise desenvolvida por Tomás-Javier Aliste Santos, há corrente que aponta que a sentença estava livre de qualquer forma e não havia a obrigatoriedade de motivação. Contudo, há outra corrente, menos taxativa, segundo a qual, não obstante a ausência da obrigação a respeito, a motivação era uma prática corriqueira.⁵⁵¹ Por exemplo, Nevio Scapini refere que o juiz externava sua decisão simplesmente com um *mihi paret* ou *mihi non paret*, sem qualquer obrigação de motivar.⁵⁵² Já Giovanni Pugliese aduz que, considerando que a sentença era

⁵⁴⁶ PUGLIESE, Giovanni. **Instituzioni di Diritto Romano**. Op. cit. p. 286-289.

⁵⁴⁷ KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Op. cit. 445.

⁵⁴⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil**: proposta de um formalismo-valorativo. Op. cit. p. 22.

⁵⁴⁹ *Ibidem*, p. 22-23.

⁵⁵⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. Sulla influenza delle idee romane nella formazione dei processi civili moderni. In: **Saggi di Diritto Processuale Civile**. Milano: Giuffrè, 1993, v. III, p. 101.

⁵⁵¹ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier. **La Motivación de las Resoluciones Judiciales**. Op. cit. p. 42.

⁵⁵² SCAPINI, Nevio. **La Prova per Indizi nel Vigente Sistema del Processo Penale**. Op. cit. p. 13, nota de rodapé 33.

“modelada” pela fórmula, certamente ela era concisa, com “poucas palavras essenciais”⁵⁵³, estando sujeita, portanto, à motivação.

Alfonso Murillo Villar, por sua vez, conclui sobre a necessidade de justificação da sentença, sobretudo porque isso era de interesse do próprio julgador, pois o juiz estava sujeito à responsabilização em todos aqueles casos em que a sentença produzisse algum prejuízo aos litigantes, o que ocorria por meio da *actio si iudex litem suam fecerit*. Portanto, é “verossímil que o juiz, ainda que não estivesse obrigado a motivar ou justificar sua decisão final, possivelmente estava interessado em fazê-lo, e isso por razões evidentes”.⁵⁵⁴

Paralelamente ao processo formulário, desenvolve-se, desde Augusto, a *cognitio*, em que todo o processo até a sentença é conduzido por juízes funcionários e que são delegados do Imperador.⁵⁵⁵ Fundamentalmente, o seu desenvolvimento ocorreu devido ao reconhecimento de que certas situações jurídicas não se enquadravam no esquema do processo formulário, de modo que havia a necessidade de um sistema processual mais abrangente e que inicialmente foi utilizado no âmbito das províncias⁵⁵⁶ e fora da ordem dos juízos privados (e por isso, a denominação inicial de *cognitio extra ordidem*)⁵⁵⁷, até alcançar Roma na segunda metade do século III, conforme adverte Giovanni Pugliese.⁵⁵⁸

⁵⁵³ PUGLIESE, Giovanni. **Instituzioni di Diritto Romano**. Op. cit. p. 328.

⁵⁵⁴ MURILLO VILLAR, Alfonso. La motivación de la sentencia em el proceso civil romano. Op. cit. p. 19.

⁵⁵⁵ KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Op. cit. p. 433 e 465.

⁵⁵⁶ CABRAL, Gustavo César Machado. Do *ordo* à *cognitio*: mudanças políticas e estruturais na função legislativa jurisdicional em Roma. In: **Revista de Informação Legislativa**, ano 49, n. 194, abr./jun. 2012, p. 232-233.

⁵⁵⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil**: proposta de um formalismo-valorativo. Op. cit. p. 24.

⁵⁵⁸ PUGLIESE, Giovanni. **Instituzioni di Diritto Romano**. Op. cit. p. 766-767. Max Kaser, a propósito, bem resume a evolução da *cognitio*: “o processo cognitório tem (...) três raízes, *que muito rapidamente se uniram*: a) a *cognitio extra ordinem* em sentido estrito para pretensões que o Imperador considera carecidas de proteção, mas que são desconhecidas da jurisdição ordinária; b) a jurisdição nas províncias em que não foi introduzido o processo formulário; c) a jurisdição própria do imperador e dos seus delegados, quer nas apelações, quer excepcionalmente em primeira instância (...). Durante o Principado e a partir das províncias produz-se um *nivelamento* que levou à igualização do processo formulário com o processo cognitório. Deve admitir-se que nas províncias senatoriais o processo formulário muitas vezes não podia ser praticado na sua pureza por não haver *honoratiores* aptos para serem jurados, nem juristas qualificados para velar pela pureza do processo. O governador terá frequentemente nomeado como juiz para os litigantes provinciais um homem da sua confiança (funcionário, oficial), nomeação que as partes não se atreviam a contestar (...). Assim o processo formulário ‘desnaturado’ foi assimilado à cognição. Esta evolução ter-se-á propagado na Itália já no séc. II e, depois do esmorecer da jurisprudência clássica desde meados do séc. III, na própria Roma. Sob Diocleciano a distinção desapareceu na prática em grande parte, embora o uso das fórmulas só fosse definitivamente proibido em 342” (KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Op. cit. p. 465).

No que aqui interessa, deve ser destacado que no âmbito da *cognitio*, sobretudo no período pós-clássico, há um aumento dos poderes do juiz, embora a iniciativa do processo coubesse àquele que se afirmava titular de uma situação jurídica subjetiva, sendo que, de outro lado, o processo poderia seguir até a sentença mesmo que o autor permanecesse “ausente”, já que era suficiente o impulso por parte do réu.⁵⁵⁹

Sobretudo, embora no período clássico o procedimento probatório na cognição estivesse sujeito ao princípio da livre apreciação (em que regia a regra *apud bonum iudicem argumenta plus quam testes valente*, ou seja, ante o bom juiz valem mais as razões do que as testemunhas⁵⁶⁰), no período pós-clássico, em virtude da desconfiança do imperador contra os juízes, começa a ocorrer com certa frequência a limitação dessa livre apreciação, sendo paulatinamente substituída por uma regulamentação legal.⁵⁶¹

Além disso, na medida em que vai se desenvolvendo a *cognitio*, aumentam consideravelmente as formalidades solenes referentes à sentença, tendo sido estabelecido que deveria ser reduzida por escrito e lida na presença das partes.⁵⁶²

De outro lado, o surgimento da apelação (o que ocorreu na *extraordinaria cognitio*, conforme registro de Max Kaser⁵⁶³), implica o entendimento da existência da motivação das decisões proferidas, restando estabelecido, mais uma vez conforme Tomás-Javier Aliste Santos, “uma relação entre meios de impugnação de sentença e a fundamentação da mesma”.⁵⁶⁴

Além do mais, de acordo com Alfonso Murillo Villar, a Constituição dos imperadores Valentiniano, Valente e Graciano demonstra a recepção normativa do dever de motivar das sentenças no final do século IV. Do seu teor,⁵⁶⁵ o romanista

⁵⁵⁹ PUGLIESE, Giovanni. **Instizuzioni di Diritto Romano**. Op. cit. p. 775.

⁵⁶⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil**: proposta de um formalismo-valorativo. Op. cit. p. 25.

⁵⁶¹ KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Op. cit. p. 467-469.

⁵⁶² MURILLO VILLAR, Alfonso. La motivación de la sentencia em el proceso civil romano. Op. cit. p. 13.

⁵⁶³ KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Op. cit. p. 458.

⁵⁶⁴ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier. **La Motivación de las Resoluciones Judiciales**. Op. cit. p. 50.

⁵⁶⁵ C. 7, 44, 2 (*Jrnppp. Valentinianus, Valens et Gratianus AAA. ad Probum Praefectum Praetorio.*) *Hac lege perpetua credimus ordinandum, ut iudices, quos cognoscendi el pronuntiandi necessiás tenerel, non subitas, sed deliberatione habita post negotium sententias ponderatas sibi ante fornarent et emendatas síatim in libellum secutafidelitate conferrení scriptasque ex libello partibus legerent, sed ne sil eis postbac copia corrigendi vel mutandi. Exceptis tam viris eminentissimis praefeelis praetorio quam aliis illustrem administrationem gerentibus ceterisque illustribus iudicibus, quibus licentia conceditur etiam per officium suum el eos, qui ministerium suum eis accomodaní, sententias definitivas recitare (a. 371).* Tomás-Javier Aliste Santos apresenta a seguinte tradução para o

chega às seguintes conclusões: que se esboçou o *iter* construtivo de uma sentença; há a determinação para que os juízes redijam o provimento, tomando o *tempo necessário* para a sua redação; ordena-se aos juízes a expressa e necessária obrigação de deliberar acerca do negócio submetido a sua consideração, *ponderando* em todos os momentos os prós e os contras da questão, ou seja, “se exige que cada juiz busque a justiça por meio de uma resolução deliberada, a fim de encontrar, para cada caso, a razão jurídica para se chegar à paz social”.⁵⁶⁶

Posteriormente, há outra Constituição, redigida pelos mesmos imperadores,⁵⁶⁷ que visa a impedir o *error in iudicando*, causa de muitas apelações, ordenando que os juízes não formulem sentenças sem a prévia reflexão sobre o escrito.⁵⁶⁸ Sobretudo, ao se ordenar ao *iudex* que *scribat et relegat*, se está “incutindo a ideia de que fundamente muito bem sua decisão”, estando precisamente na expressão latina mencionada a “chave da necessidade de motivar a sentença”; não se trata, portanto, “que o juiz releia a sentença na presença das partes, senão que ele chegue ao convencimento absoluto de ter encontrado a solução justa através de *quod senserit*”.⁵⁶⁹

No período godo, o povo invasor, de regra, manteve o seu ordenamento jurídico, sobretudo em virtude da noção de que o direito era decorrente da tradição da vida⁵⁷⁰. Nesse ordenamento jurídico, conforme a referência de José Rogério Cruz e Tucci, o veredito ocorria oralmente e perante toda a coletividade, não havendo a

espanhol: “Los Emperadores Valentiniano, Valente Y Graciano, Augustos, a Probo, Prefecto del Pretorio. Creemos deber mandar por esta ley perpetua, que los jueces a quienes obliga la necesidad de conocer y de fallar, no redacten subitamente las sentencias, sino poderándolas antes para sí habiendo deliberado después del negocio, y que enmendadas las transcriban inmediatamente en la demanda, guardada su fidelidad, y escritas las lean a las partes en la demanda, pero sin que después tengan facultad para corregirlas o cambiarlas. Exceptuándose tanto los eminentísimos varones prefectos del pretório, como otros que desempeñan un cargo ilustre y los demás jueces ilustres, a quienes se les concede permiso para leer las sentencias definitivas aun por médio de sus oficiales y de aquellos que les prestan sus servicios” (**La Motivación de las Resoluciones Judiciales**. Op. cit. p. 52, nota de rodapé 83.

⁵⁶⁶ MURILLO VILLAR, Alfonso. La motivación de la sentencia em el proceso civil romano. Op. cit. p. 20-21.

⁵⁶⁷ C Th. 4, 17, 2 (Imppp. Valentinianus, Valens et Gratianus AAA. ad Clearchum Praefectum Praetorio.) *Iudex in proferenda sententia quae iurgantibus prosit ad plenum recenseat, quidquid negotii fuerit inlatum, quod senserit scribat et relegat, ne per errorem iudicis iterum a primordio novae litis sortiantur eventus* (a. 382) - conforme documentação de MURILLO VILLAR, Alfonso. La motivación de la sentencia em el proceso civil romano. Op. cit. p. 22.

⁵⁶⁸ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier. **La Motivación de las Resoluciones Judiciales**. Op. cit. p. 52, nota de rodapé 86.

⁵⁶⁹ MURILLO VILLAR, Alfonso. La motivación de la sentencia em el proceso civil romano. Op. cit. p. 22.

⁵⁷⁰ Conforme WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Traduzido por A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1976, p. 27.

exigência para que fossem exarados os motivos da decisão proferida, em que pese a progressiva influência das normas de direito romano que continuaram vigentes em relação às controvérsias entre romanos-hispânicos. Talvez por isso, foi transplantada para o *Edictum Theodorici* 5 a Constituição dos imperadores Valentiniano, Valente e Graciano. Ainda, com Alarico II, em 506, promulga-se a *Lex Romana Visigothorum*, em que sob o título *De sententiis ex periculo recitandi*, há o estabelecimento da obrigatoriedade da sentença ser proferida na presença dos litigantes, enquanto que uma disposição de Chindasvindo descreve a maneira como o juiz deveria julgar.⁵⁷¹

No direito comum, diante da justaposição entre o direito romano e o canônico, tem vez o processo romano-canônico. Ou seja, “romano, pelas fontes justinianas, das quais, desde o século XII, se tomaram conceitos fundamentais; e canônico, pelas inovações essenciais a partir das disposições pontifícias e que se estendem por todo o sistema”.⁵⁷²

Contudo, inexistia uma obrigatoriedade de motivação, que, ademais, considerava-se perigosa e desaconselhável⁵⁷³, não obstante algumas exceções verificadas já no século XIII, a exemplo do que ocorreu com o estatuto de *Reggio Emilia*, ainda no ano de 1265.⁵⁷⁴ Chegou-se ao ponto de haver referência, nos quatrocentos, de que o juiz que expressasse as suas razões, poderia ser considerado um tolo.⁵⁷⁵

Nada obstante, o canonista Hostiense entendia por vezes necessária a fundamentação, sobretudo naqueles casos que se tratava de excomunhão, a

⁵⁷¹ CRUZ e TUCCI, José Rogério. **A Motivação da Sentença no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 34-36.

⁵⁷² MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, José. Líneas de influencia canónica en la historia del proceso español. In: **Anuario de Historia del Derecho Español**, 1953, p. 473. Ainda sobre o processo romano-canônico, ver, entre outros, CAMPITELLI, Adriana. Processo Civile (dir. interm.). In: **Enciclopedia del Diritto**, Milano: Giuffrè, v. XXXVI, 1987, p. 79-100, esp. p. 93-100.

⁵⁷³ FLACH, Daisson. **Dever de Motivação das Decisões Judiciais na Jurisdição Contemporânea**. 2012. Op. cit. p. 15, que, aliás, desenvolve de forma elogiável o perfil histórico da motivação da sentença. Também aponta a inexistência da obrigação de motivação nesse período CRUZ e TUCCI, José Rogério. **A Motivação da Sentença no Processo Civil**. Op. cit. p. 40.

⁵⁷⁴ A lembrança é de TARUFFO, Michele. **La Motivazione della Sentenza Civile**. Op. cit. p. 323, nota de rodapé 09.

⁵⁷⁵ Conforme referiu o jurista quatrocentista Vitale de Cambanis: *Judex fatuus reputatur, qui in sententiam causam exprimit, in quo tamen communiter tenetur, quod non sit necessaria talis expressio*. (OBERTO, Giacomo. **La Motivazione delle Sentenza Civile in Europa: spunti storici e comparatistici**. Disponível em <<http://www.giacomooberto.com>>. Acesso em 22 nov. 2014.

exemplo de Durante, que igualmente elencou seis hipóteses em que a motivação era imprescindível.⁵⁷⁶

Tomás-Javier Aliste Santos, por sua vez, analisa a questão no direito espanhol, e conclui, de uma forma geral, que a motivação judicial era praxe naquela época, sendo que havia a sua previsão em diversos manuscritos, como, por exemplo, nas *Flores del Derecho* e na *Margarita de los pleitos*, sendo que nesta última, assim consta: (...) *Mas si el tu adversário provare ninguna cosa e el juez te condepna en la demanda, esta sentencia es dada contra derecho e el derecho contra quien es dada es puesto en la sentencia (...). E esto mesmo puedes saber si la sentencia es dada contra ius scriptum e el derecho contra quienes es dada non es posto en la sentencia (vº, 1º col.) esta sentencia non valdra si fuer apellado, ansi como si el juez juzga e dize ansi: “Yo condeno a ti en la demanda” e non dize mas, esta sentencia non valdra si fuer apellado della, pues que es dada contra derecho scripto, pues que el derecho contra quien fue dada non es puesto en la sentencia.*⁵⁷⁷ Essa passagem “não deixa dúvida quanto ao conteúdo da norma, impondo a motivação sob pena de invalidade, passível de apelação, embora não se diga aqui que a sentença será nenhuma. Entretanto, seria nenhuma a sentença, e desnecessária a apelação, se dada contra uma parte sem que a outra contra ela tenha provado”.⁵⁷⁸

Ainda, não pode ser olvidado o *Fuero del Libro*, promulgado em 1254 por D. Afonso X, que instituiu o dever de fundamentação das decisões judiciais⁵⁷⁹, o que foi recolhido nas *Siete Partidas*.⁵⁸⁰

⁵⁷⁶ CRUZ e TUCCI, José Rogério. **A Motivação da Sentença no Processo Civil**. Op. cit. p. 41-42. Conforme o autor, são essas as hipóteses previstas por Durante: *Primus est, ubi propter inepta petitionem absoluit, ne pereat ius agendi... Secundus est, cum a iure communi recedit. Unde si uictum non condemnat in expensis, debet causam exprimere... Tertius, quando absoluit in reivindicacione, ideo quia réus tempore sententiae non possidet, ne forte voleti postea agere ex nova causa, obstet exceptio rei iudicatae... Quartus, quando quis absolvitur ab instãtia iudicii... Quintus, in sent-etiã excommunicationis... Sextus, in causa appellationis, ubi debet inseri causa, quare prima sententia reuocet, ut per hoc prioribus iudicibus...*

⁵⁷⁷ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier. **La Motivación de las Resoluciones Judiciales**. Op. cit. p. 75-78.

⁵⁷⁸ FLACH, Daisson. **Dever de Motivação das Decisões Judiciais na Jurisdição Contemporânea**. Op. cit. p. 19.

⁵⁷⁹ Nesse sentido, CRUZ e TUCCI, José Rogério. **A Motivação da Sentença no Processo Civil**. Op. cit. p. 46-47; ALISTE SANTOS, Tomás-Javier. **La Motivación de las Resoluciones Judiciales**. Op. cit. p. 81; FLACH, Daisson. **Dever de Motivação das Decisões Judiciais na Jurisdição Contemporânea**. Op. cit. p. 19.

⁵⁸⁰ CRUZ e TUCCI, José Rogério. **A Motivação da Sentença no Processo Civil**. Op. cit. p. 46-47.

Especificamente no direito lusitano, o direito comum ganha grande autoridade a partir de D. Dinis (1279-1325), o qual importou e determinou a tradução para o português das obras espanholas *Flores de las leyes* e as *Siete Partidas*⁵⁸¹, muito embora o dever de motivar tenha sido timidamente previsto na legislação afonsina e acolhido de forma peremptória somente em 1521, com as Ordenações Manuelinas.⁵⁸² Nas Ordenações Filipinas, promulgadas em 1603, vincula-se de forma expressa a obrigatoriedade de motivação com a impugnação, havendo a seguinte determinação, conforme documentação de José Rogério Cruz e Tucci: “E para as partes saberem se lhes convém apelar, ou agravar das sentenças diffinitivas, ou vir com embargos a ellas, e os Juizes de mór alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os Juizes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos nossos Desembargadores, e quaisquer outros Julgadores, ora sejam Letrados, ora o não sejam, declarem especificamente em suas sentenças diffinitivas, assim na primeira instancia, como no caso da appellação, ou agravo, ou revista, as causas, em que se fundaram a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou a revogar”.⁵⁸³

Em relação aos setecentos, Michele Taruffo destaca, de um modo amplo, que em quase todas as legislações europeias havia dois polos acerca da obrigação de motivação.

O primeiro deles está ligado com a exigência de funcionamento do processo e a organização centralizada da magistratura e se inspira nas ideias do despotismo iluminista, fundamentando-se na concepção da motivação como instrumento: serve às partes, para que essas possam impugnar a sentença, mas também serve ao julgador superior que poderá analisar a sentença impugnada mediante o conhecimento das razões deduzidas pelo juiz que a proferiu. Por conseguinte, possibilita-se uma fiscalização vertical sobre as ações do juiz, exigência típica de um Estado burocrático e centralizado.

O segundo polo caracteriza a motivação como garantia, inspirado na ideologia democrática oriunda do iluminismo francês e que se manifesta com mais

⁵⁸¹ CRUZ e TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Lusitani**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 28.

⁵⁸² CRUZ e TUCCI, José Rogério. **A Motivação da Sentença no Processo Civil**. Op. cit. p. 48-49; FLACH, Daisson. **Dever de Motivação das Decisões Judiciais na Jurisdição Contemporânea**. Op. cit. p. 20-21.

⁵⁸³ CRUZ e TUCCI, José Rogério. **A Motivação da Sentença no Processo Civil**. Op. cit. p. 50-51.

intensidade a partir da Revolução: pretende-se um controle pelo povo sobre o modo como o juiz exerce seu poder⁵⁸⁴, o que era apropriado para o período se for levada em consideração a confluência de ideias da época, baseadas em Montesquieu (o juiz é senão a boca que pronuncia as palavras da lei), no despotismo de Voltaire, no contrato social de Rousseau.

Essa polarização fica bem evidenciada em duas legislações da época. Na legislação prussiana, por meio do *Codex Fridericianus Marchicus*, publicado em 1748, a obrigação da motivação da decisão se destina para o conhecimento das partes, o que facilitava o juízo formulado pelo julgador do segundo grau. Já na França, a obrigação de motivação encontra expressa previsão na lei de organização judiciária de agosto de 1790, e que encontra inspiração em uma “ideologia democrática da justiça”, como reação à praxe judiciária ocorrida durante o *ancien régime*.⁵⁸⁵ De fato, o traço que marca a obrigação de fundamentação das decisões judiciais na legislação revolucionária, e que veio confirmada na Constituição do ano III de 1795, é a função política-democrática: ao se possibilitar o controle pela sociedade da motivação, pretende-se assegurar a efetiva divisão dos poderes, em que a jurisdição é atividade lógica em relação à legislação – deveria haver sujeição do provimento jurisdicional à legalidade.⁵⁸⁶

O Brasil, enquanto colônia ou mesmo como reino unido de Portugal, seguia o ordenamento jurídico daquela nação. Inclusive, mesmo após a Independência, continuou a vigorar, por certo período, a legislação promulgada pelos portugueses, embora tenha sido baixada uma Portaria pelo Ministro Clemente Ferreira França, a fim de extirpar os abusos do foro, determinando que os juízes declarassem a fundamentação das sentenças, *também com o intuito de que as partes conhecessem as razões*.⁵⁸⁷

O que de comum subjaz dessa breve análise historiográfica é que o traço marcante da obrigação da motivação reside na ideia de impugnação – seja para que as partes possam se irressignar a respeito da decisão, seja para que se possibilite um controle estatal acerca da sentença proferida. A função política-democrática,

⁵⁸⁴ TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 38. Cada um desses polos se relaciona com a função endoprocessual e extraprocessual, o que será analisado especificamente no item 1.3, *infra*.

⁵⁸⁵ Idem. **La Motivazione della Sentenza Civile**. Op. cit. p. 325-329.

⁵⁸⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**. Op. cit. p. 54-55.

⁵⁸⁷ CRUZ e TUCCI, José Rogério. **A Motivação da Sentença no Processo Civil**. Op. cit. p. 53-54.

conforme foi ressaltado, é mais recente e está conectada com ideal legalista. Entretanto, como parece ser evidente, uma abordagem contemporânea se torna necessária, quando será demonstrado que, embora a presença das raízes históricas, a obrigatoriedade da motivação se encontra em um plano jurídico bem mais amplo e complexo, o que acarreta reflexos nas funções desempenhadas pela motivação da decisão judicial.

1.2 OS FUNDAMENTOS CONTEMPORÂNEOS

Em terras brasileiras, muito embora as posteriores previsões de motivação em legislações esparsas (a exemplo do art. 232 do Regulamento nº 737, de 1850, que previu pela primeira vez essa obrigatoriedade),⁵⁸⁸ a previsão constitucional a respeito somente veio a ocorrer, como se sabe, em 1988.

O art. 93, IX, da nossa Constituição Federal, é peremptório, ressaltando a importância da motivação judicial: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e, fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

Contudo, a “menção expressa da necessidade de motivação das decisões judiciais no texto constitucional não significa que somente se adotada semelhante regra pelo legislador constituinte é que terá validade e eficácia”.⁵⁸⁹ Basta lembrar que, por exemplo, na Inglaterra, inexistente obrigação expressa de motivação.⁵⁹⁰

Ao que tudo indica, portanto, a motivação das decisões judiciais encontra fundamento naquilo que atualmente se define como Estado Constitucional,⁵⁹¹ que, por sua vez, possui como suas duas grandes características ser um Estado de Direito e um Estado Democrático.⁵⁹²

⁵⁸⁸ CRUZ e TUCCI, José Rogério. **A Motivação da Sentença no Processo Civil**. Op. cit. p. 55-59.

⁵⁸⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. Op. cit. p. 288-289.

⁵⁹⁰ TARUFFO, Michele. **La Semplice Verità: il giudice e la costruzioni dei fatti**. Op. cit. p. 238.

⁵⁹¹ A análise que segue sobre a estruturação do Estado Constitucional, em parte, igualmente se encontra em GROSS, Marco Eugênio. **A colaboração processual como produto do estado constitucional e as suas relações com a segurança jurídica, a verdade e a motivação da sentença**. Op. cit. p. 119-120.

⁵⁹² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 87. Também, nesse sentido, MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. Op. cit. p. 16.

O Estado de Direito⁵⁹³, de regra, é postulado constitutivo, de natureza material, procedimental e formal, que visa justamente dar resposta à questão do conteúdo, extensão e modo de proceder da atividade estatal.⁵⁹⁴ Não é por menos, portanto, que se aponta como princípio fundamental do Estado de Direito a eliminação das arbitrariedades no exercício do poder estatal, com a proteção dos direitos fundamentais.⁵⁹⁵ Mais especificamente, além do Estado de Direito ser uma proteção do indivíduo contra a arbitrariedade, também está associado com “a exigência de que a atuação estatal seja governada por regras gerais, claras, conhecidas, relativamente constantes no tempo, prospectivas e não-contraditórias”.⁵⁹⁶ Em outras palavras, o Estado de Direito, por si só, deve ser seguro.

A conclusão, portanto, somente pode ser de que a segurança jurídica é um princípio deduzido do Estado de Direito⁵⁹⁷, sendo que precisamente nesse ponto já se pode perceber a fundamentação da motivação da decisão judicial: ela é meio para a consecução, no plano judicial, da cognoscibilidade⁵⁹⁸, pois é evidente que

⁵⁹³ É prudente destacar que, classicamente, aponta-se para três modelos em que há a supremacia do direito. São eles: *Rule of law*, *État Légal* e *Rechtsstaat*. Todos esses modelos visam à concretização do Estado Democrático, levando-se em consideração, para tanto, como é natural, as suas especificidades culturais. Muito resumidamente, aponta-se que no modelo *Rule of Law* sem codificação a supremacia do direito se expressa por meio do *due process*, enquanto no *Rule of Law* codificado, em razão da combinação de uma Constituição escrita e da atribuição do judiciário, através do *due process*, de velar pela supremacia final do direito, eclode a técnica da supremacia da Constituição, de modo que todos os poderes do Estado estão sujeitos a ela e, portanto, às decisões dos órgãos a que pertence a tarefa de interpretá-la. Essa tarefa, a propósito, cabe a todos os órgãos do Poder Judiciário. No modelo *État Légal* a garantia da supremacia do direito se dá por meio da legalidade do próprio Estado, repousando a sua tônica sobre o legislador. Por fim, no *Rechtsstaat*, o direito não se esgota na legalidade, abrindo-se, ao contrário, à suprallegalidade, o que acaba institucionalizado no Tribunal Constitucional. Consequentemente, aponta-se para o *Verfassungstaat*, razão pela qual a supremacia do direito é uma supremacia da Constituição assegurada pelo Tribunal Constitucional (MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. Op. cit. p.56-63). Ainda acerca dos modelos de supremacia do direito, ver SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos**. Tese de doutoramento. Porto Alegre, 2002, p.99-175 e CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. Op. cit. p. 87-91.

⁵⁹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. Op. cit. p. 237.

⁵⁹⁵ MATTOS, Sérgio. **Devido Processo Legal e Proteção de Direitos**. Op. cit. p.167.

⁵⁹⁶ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**: entre a permanência, mudança e a realização no direito tributário. Op. cit. p. 207.

⁵⁹⁷ A propósito, o Supremo Tribunal Federal assim se manifestou acerca da segurança jurídica: “Considera-se, hodiernamente, que o tema tem, entre nós, assento constitucional (princípio do Estado de Direito) e está disciplinado, parcialmente, no plano federal, na Lei n. 9.784, de 21.1.99 (v.g., art. 2º). Como se vê, em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria justiça material” (STF, MS n. 24.268-0, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 17.9.2004).

⁵⁹⁸ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**: entre a permanência, mudança e realização no direito tributário. Op. cit. p. 160.

somente por meio das razões apresentadas pelo julgador é que as partes terão ciência dos motivos pelos quais sua pretensão foi acolhida ou negada.

Diga-se mais: Jürgen Brüggenmann evidencia que a justificação (questão diretamente relacionada com a motivação judicial, conforme se verá a seguir) no Estado de Direito possui dois aspectos: o material e o formal. A intervenção é materialmente justificada quando há fundamento jurídico e, de outro lado, ela é formalmente justificada quando se demonstra o fundamento.⁵⁹⁹

*No plano processual, isso significa que a motivação deve ser fundamentada no direito e, de outro lado, que deve haver a demonstração que houve embasamento no direito.*⁶⁰⁰ A ausência de um desses elementos (ou seja, de uma justificação formal ou material), por si só, já redundaria em uma sentença arbitrária, tendo em vista que se consubstancia em verdadeiro abuso de poder, o que é vedado pelo art. 5, XXXIV, “a”, da Constituição Federal.⁶⁰¹

Não por menos, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que “não se revela legítima (...) a operação judicial de dosimetria penal, quando o magistrado, na sentença, *sem nela revelar a necessária base empírica eventualmente justificadora de suas conclusões*, vem a definir, mediante fixação puramente arbitrária, a pena-base, exasperando-a de modo evidentemente excessivo, sem quaisquer outras considerações”, sendo necessário, portanto, a indicação “no ato de imposição da pena, as razões, que, fundadas em dados da realidade constantes do processo de conhecimento, conferem expressão concreta

⁵⁹⁹ BRÜGGEMANN, Jürgen. **Die Richterliche Begründungspflicht**. Op. cit. p. 117.

⁶⁰⁰ Ou seja, é necessário “que o pronunciamento da Justiça, destinado a assegurar a inteireza da ordem jurídica, realmente se funde na lei; e é preciso que esse fundamento se manifeste, para que se possa saber se o império da lei foi na verdade assegurado” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito**. In: **Temas de Direito Processual (Segunda Série)**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 89). Neil MacCormick, referindo-se à justificação formal, por sua vez, aduz que “it is an important truth that judges who justify decisions have to be engaged in showing that the decisions they give fulfil the judicial obligation to respect the law” (MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning**. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 67).

⁶⁰¹ A lembrança é de ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Sentença Arbitrária. In: **Revista de Processo**, v. 204, fev. 2012. p. 42. Mas a sentença arbitrária não se resume somente a isso. De acordo com o autor, a decisão arbitrária fere os princípios do respeito à dignidade humana (art. 1.º, III, da CF/1988), da igualdade (art. 5.º, caput, da CF/1988), da segurança (art. 5.º, caput, da CF/1988), da legalidade (art. 5.º, II, da CF/1988), do contraditório e da ampla defesa (art. 5.º, LV, da CF/1988), além de implicar abuso de poder, rejeitado pelo art. 5.º, XXXIV, a, da CF/1988, e violar o direito fundamental ao processo justo (art. 5.º, LIV, da CF/1988)” (ibidem).

aos elementos normativos abstratamente previstos nos art. 59 e 68 do Código Penal”.⁶⁰²

Por outro lado, como já apontado, sobressai o aspecto democrático do Estado Constitucional. Aliás, *democracia* é conceito mais abrangente do que Estado de Direito.⁶⁰³ Como é evidente, nesta concepção, é essencial a participação do cidadão⁶⁰⁴, o que, de resto, possui ligação com os próprios direitos fundamentais⁶⁰⁵, sobretudo se levarmos em consideração a dignidade da pessoa humana, pois “a liberdade pessoal, como expressão da autonomia da pessoa humana (e, portanto, de sua dignidade) reclama a possibilidade concreta de participação na formação da vontade geral”.⁶⁰⁶

Assim, é inerente à democracia a existência de um conjunto de condições de liberdade, que deve dar espaço justamente a uma participação dos indivíduos no transcorrer da vida do Estado.⁶⁰⁷

No plano processual, essa participação é possibilitada por meio do contraditório, mormente porque o processo se apresenta como um canal de desenvolvimento da democracia deliberativa pluralista⁶⁰⁸, o que igualmente vai ao encontro da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que a sua ideia básica é de que o indivíduo é “senhor de si mesmo”, sendo, pois, formatador da sua própria existência.⁶⁰⁹

⁶⁰² STF, RHC 122469, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 16/09/2014, processo eletrônico DJe-213, divulgado em 29/10/2014 e publicado em 30/10/2014.

⁶⁰³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.116.

⁶⁰⁴ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo Constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 114.

⁶⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 72- 73.

⁶⁰⁶ Idem. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 114. Ainda sobre a importância da dignidade da pessoa humana no contexto do processo, ver MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. Op. cit. p. 17-19.

⁶⁰⁷ ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. A Democracia Semidireta da Constituição de 1988. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Direito Constitucional**: Teoria Geral do Estado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. II, p. 1246.

⁶⁰⁸ CABRAL, Antônio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. In: **Rivista di Diritto Processuale**, n. 2, anno LX, apr./giug. 2005, p. 458.

⁶⁰⁹ De acordo com Canotilho, essa ideia é “princípio material subjacente à ideia da dignidade da pessoa humana. Trata-se do *princípio antrópico* que acolhe a ideia pré-moderna e moderna da *dignitas-hominis* (...) ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual (*plastes et fctor*)”. (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. Op. cit. p. 219). Também Ingo Wolfgang Sarlet afirma que um dos elementos da dignidade da pessoa humana se centra na autonomia e no direito de autodeterminação

Assim, sob esse viés, por óbvio que a parte também deve participar na formação do provimento jurisdicional, até mesmo porque é no final do processo que será formado um provimento jurisdicional que influenciará, em maior ou menor grau, na vida das partes – daí, pois, totalmente censurável o tratamento da parte como simples “objeto” do pronunciamento judicial e sua ligação com a dignidade da pessoa humana.⁶¹⁰ Em outras palavras: se um dos postulados da dignidade da pessoa humana é a autodeterminação, evidente que no processo, cuja decisão final inevitavelmente irá repercutir na vida de um dos litigantes ou até mesmo na de ambos, deve haver liberdade para que as partes possam exercer a sua vontade (dentro, evidentemente, dos limites impostos pelo sistema) a fim de influenciar naquilo que poderá lhes ser prejudicial ou não.⁶¹¹

Como corolário disso, *a motivação deverá ser produto daquilo que foi paulatinamente construído durante o iter processual.*

Explica-se: o contraditório confere às partes o direito de influenciar na conformação da decisão judicial⁶¹², mediante o adequado diálogo entre os participantes do processo, tanto que é qualificado por Nicola Picardi como *cardine della ricerca dialettica*.⁶¹³ Desse modo, considerando que o processo também é um dos cenários em que o Estado manifesta a *suprema potestas*, e diante do aspecto democrático que permeia o processo, bem como o respeito à dignidade da pessoa humana, certo é que os sujeitos do processo, com suas manifestações no curso da instrução, influenciam sobremaneira sobre o exercício do poder estatal.⁶¹⁴

da pessoa (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Op. cit. p. 56).

⁶¹⁰ Alvitra Luís Afonso Heck que “requer a dignidade da pessoa humana que sobre o direito da parte não disponha o titular do Poder Estatal sem consideração; o indivíduo não deve ser apenas objeto da decisão, senão precisa, antes da decisão, que afeta o seu direito, chegar a falar, de forma a concorrer para o procedimento e influir sobre a decisão. Do contrário, a dignidade da pessoa humana estaria violada pela atuação estatal”. (HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais**. Porto Alegre: Fabris, 1995, p.215).

⁶¹¹ Essas ideias sobre a relação entre contraditório e dignidade da pessoa humana já foram lançadas em GROSS, Marco Eugênio. Diálogo, participação e a influência do processo cooperativo no conteúdo da garantia do contraditório. In: **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito**, v. VI, n. 7-8, ano 2007, p. 371-372, havendo, agora, acréscimo bibliográfico.

⁶¹² MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil e Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 37.

⁶¹³ PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. In: **Rivista di Diritto Processuale**, anno LIII, n. 3, lug./set.1998, p. 679-681.

⁶¹⁴ CABRAL, Antônio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito. Op. cit. p. 454-455. Ainda sobre participação e influência, ver também NICOLÒ, Trocker. **Processo Civile e Costituzione**. Op. cit. p. 367-372. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, em clássica passagem, refere que “o conteúdo mínimo do princípio do contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contraditá-los, *mas faz também depender a*

Questão que está intimamente ligada a tudo isso é a colaboração processual, cuja estrutura está consubstanciada na combinação das atividades do autor, do réu e do juiz⁶¹⁵, “sem protagonismos”⁶¹⁶, em que deve haver cooperação tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização jurídica da causa.⁶¹⁷

Desse modo, a motivação, além de ser a última expressão do contraditório,⁶¹⁸ também se apresenta *como produto da colaboração processual*, pois (e este é o ponto nodal da questão), a decisão judicial deverá colocar em evidência a consideração daquilo que foi deduzido pelas partes. Ou seja, conforme objetivamente é exposto por Daniel Mitidiero, “é de rigor que o pronunciamento jurisdicional contenha uma apreciação completa das razões levantadas pelas partes para a solução da controvérsia. Evidentemente, para a configuração do diálogo no processo é de rigor que tanto o demandante como o juiz e o demandado falem a propósito das questões suscitadas em juízo. Do contrário, há monólogo no lugar do diálogo, com claro prejuízo à feição democrática do processo”.⁶¹⁹

Mas a questão segue.

Conforme foi visto, sobressai, no Estado Constitucional, a dignidade da pessoa humana, o que faz com que o Estado sirva ao indivíduo e não o indivíduo ao Estado. Como consequência, a teorização do direito se volta à pessoa humana e, como não poderia deixar de ser, a tutela do direito se apresenta como fim do processo civil.⁶²⁰ Desse modo, tudo “converge no sentido de que também para a

própria formação dos provimentos judiciais da efetiva participação das partes” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. In: **Do Formalismo no Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.238).

⁶¹⁵ GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. In: **Rivista di diritto Processuale**, anno XXI, n. 4, ott./dic. 1966, p. 586-587.

⁶¹⁶ DIDIER JR., Fredie. **Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 47.

⁶¹⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. Op. cit. p. 27. O ponto sobre a colaboração processual é tão relevante que mereceu positivação no novo Código de Processo Civil, que em seu art. 6^a destaca: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”, enquanto que o art. 10 estabelece que o “juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

⁶¹⁸ COLESANTI, Vittorio. Principio del contraddittorio e procedimenti speciali. In: **Rivista di Diritto Processuale**, n. 4, 1975, p. 612; MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. Op. cit. p. 154.

⁶¹⁹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. Op. cit. p. 152-153.

⁶²⁰ Idem. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. Op. cit. p. 18 e 25. A seguinte passagem bem sintetiza essa ideia: “O Estado Constitucional existe para promover os fins da pessoa humana - e isto que dizer que o processo civil no Estado Constitucional existe para dar tutela aos direitos” (Ibidem).

ordem-jurídico-constitucional, a concepção do homem-objeto (ou homem-instrumento), com todas as consequências que daí podem e devem ser extraídas, constitui justamente a antítese da noção de dignidade da pessoa”.⁶²¹

Isso igualmente traz implicações na motivação das decisões judiciais.

Ora, a partir disso, *o foco central da motivação deve ser as partes, de modo que o discurso justificativo empregado na motivação da decisão judicial seja voltado à cognoscibilidade das partes* – e aqui, especificamente, já se pode perceber uma confluência entre a segurança jurídica e a dignidade da pessoa humana.

Note-se que não se trata somente da adoção da ideia de controlabilidade interna da decisão judicial (o que se conectaria unicamente com a ideia de impugnação, que é fundamento histórico presente na motivação, conforme já analisado, ou mesmo com a ideia da função endoprocessual da motivação judicial, conforme será visto), pois aqui a questão é mais ampla.

De fato, a motivação da decisão judicial serve para justificar, ao cidadão, a ingerência do Estado na sua vida, bem como para que este compreenda de forma suficiente a tutela do direito reclamado – pois, afinal, a tutela do direito se apresenta como fim do processo civil. Trata-se de noção fundamental, pois, com isso, a decisão judicial certamente não será produto de uma ingerência arbitrária do Estado, o que é condição *sine qua non* em um Estado de Direito.⁶²²

1.3 AS FUNÇÕES DA MOTIVAÇÃO JUDICIAL NO ESTADO CONSTITUCIONAL

Os fundamentos analisados, tanto históricos como contemporâneos, possuem vinculações com as funções desempenhadas pela motivação da decisão judicial.

Aliás, classicamente⁶²³, aponta-se que a motivação da decisão judicial possui duas funções: uma extraprocessual e outra endoprocessual.

A *função extraprocessual* diz respeito à possibilidade de controle externo, generalizado e difuso sobre o modo pelo qual o juiz exerce o poder que lhe é

⁶²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Op. cit. p. 71.

⁶²² MACCORMICK, Neil. **Rethoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning**. Op. cit. p. 16.

⁶²³ A título de exemplo, veja-se TARUFFO, Michele. **La Motivazione della Sentenza Civile**. Op. cit. p.334 e ss; TONINI, Paolo. **A Prova no Processo Penal Italiano**. Op. cit. p. 104; GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los Hechos en el Derecho: bases argumentales de la prueba**. Op. cit. p. 178.

atribuído, de modo que os destinatários da motivação não são somente as partes (bem como os advogados), mas também a opinião pública. Trata-se, portanto, de uma controlabilidade democrática sobre a administração da justiça, e que se liga, como é fácil perceber, com o princípio da publicidade e com a participação do povo na administração da justiça⁶²⁴, além de possuir evidente raiz histórica na legislação revolucionária francesa.

A questão merece, contudo, maiores desenvolvimentos sob o prisma do Estado Constitucional, onde deve haver a “vinculação de todos os poderes públicos com o ordenamento jurídico”.⁶²⁵

Ora, é evidente que é a função extraprocessual da motivação da decisão judicial que irá permitir que a coletividade tenha conhecimento acerca da assecuração, pelo juiz, do império do direito, o que, ademais, vincula-se com a própria ideia de justificação material. Especificamente, portanto, é a função extraprocessual que irá permitir a averiguação acerca da concretização da justificação material.

Mas essa função processual também vai ao encontro da concretização da segurança jurídica.

Veja-se que “somente existirá uma ordem normativa que promova a segurança jurídica no marco do Estado Constitucional a partir da fórmula democrática, a qual se fundamenta na soberania popular e na garantia de uma permanente conexão entre o poder e os cidadãos”.⁶²⁶ Em termos mais objetivos, não há segurança jurídica sem a participação da população na conformação do Estado.

Assim, também a função extraprocessual serve para a consecução da segurança jurídica.

De fato, a função extraprocessual nada mais é do que uma projeção do princípio democrático da participação popular nas decisões oriundas do poder estatal. Ora, sendo a jurisdição antes de tudo poder, canalizada no Estado por meio do Poder Judiciário, cuja função é aplicar o direito⁶²⁷, é somente mediante a participação do povo na fiscalização da maneira como a justiça é administrada que

⁶²⁴ TARUFFO, Michele. **La Motivazione della Sentenza Civile**. Op. cit. p. 334 e 407.

⁶²⁵ NOVOA, César García. **El principio de seguridad jurídica en materia tributaria**. Madrid: Marcial Pons, 2000. p.28.

⁶²⁶ Ibidem, ibidem.

⁶²⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil**. Op. cit. p. 125.

haverá, ao fim e ao cabo, a sindicabilidade do poder estatal que, ademais, emana do próprio povo (art. 1º da Constituição Federal). Caso contrário, a jurisdição seria manifestação de um “Estado-pessoa” do qual a sociedade se manteria estranha.⁶²⁸

De qualquer modo, com isso, o ambiente fica próprio para a segurança jurídica, precisamente porque é intuitivo que a confiabilidade (que é um dos ideais a serem atingidos pela segurança jurídica) do cidadão na administração da justiça somente tende a aumentar.

Significa dizer: *é a função extraprocessual da motivação que confere legitimidade para as decisões judiciais, pois é por meio dela que há participação (controle) na forma como o poder jurisdicional é exercido. Como corolário, contribui-se igualmente para a existência da segurança jurídica, condição indispensável em um Estado Constitucional.*

Já a *função* endoprocessual, mais uma vez conforme Michele Taruffo, consiste em fazer com que as partes saibam com clareza o significado da decisão, especialmente na eventualidade de impugnação, e em permitir ao juízo *ad quem* a valoração adequada dos fundamentos da decisão impugnada, estando vinculado nessa ideia, ainda, o respeito ao direito de defesa por parte do juiz, no sentido de que o julgador efetivamente levou em consideração adequadamente os argumentos levantados pelas partes⁶²⁹ - com o que se pode perceber a íntima relação com a ideia de impugnação, sempre presente, de um modo geral, nos fundamentos históricos da motivação judicial. Daí a razão pela qual se afirma que a função

⁶²⁸ AMODIO, Ennio. Motivazione della sentenza penale. Op. cit. p. 188. Importa destacar que, por suas características próprias, a denominação função “extraprocessual” tem recebido críticas. Por exemplo, Daniel Mitidiero refere que “se partimos da ideia de que o direito processual não pode ser outra coisa que ‘direito constitucional aplicado’ (...), própria do formalismo-valorativo, o fato de encartarmos nas normas processuais a finalidade de atender a valores constitucionais não pode, de modo algum, ser encarado como uma dimensão ‘extraprocessual’ dessas normas. Trata-se de evidente processo de densificação das normas constitucionais no direito infraconstitucional, inerente ao modo de pensar o processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais” (MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. Op. cit. p. 153, nota de rodapé 23). Mais recentemente, Daisson Flach, referindo, na mesma direção, que se “o dever de motivação é constitutivo do ‘processo justo’, direito fundamental com assento constitucional, não pode ser jamais ‘extraprocessual’, senão algo que é da essência do processo, face dinâmica da própria força normativa das constituições democráticas contemporâneas”, sugerindo, por isso, a denominação de “função política (ou de publicidade)”. (FLACH, Daisson. **Dever de Motivação das Decisões Judiciais na Jurisdição Contemporânea**. Op. cit. p. 45-46). Marina Gascón Abellán, embora não critique a denominação “extraprocessual”, faz menção à nomenclatura “político-jurídica ou democrática” (GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los Hechos en el Derecho**: bases argumentales de la prueba. Op. cit. p. 178).

⁶²⁹ TARUFFO, Michele. **La Motivazione della Sentenza Civile**. Op. cit. p. 334 e 401.

endoprocessual está voltada tanto ao próprio juízo (*coram proprio iudice*) como às partes (*coram partibus*).⁶³⁰

Nessa caracterização, contudo, deve ser feito um aperfeiçoamento: na verdade, o juiz não está obrigado a rebater os *argumentos* das partes,⁶³¹ senão os *fundamentos*. Afinal, fundamentos e argumentos não se confundem, pois os primeiros “constituem os pontos levantados pelas partes dos quais decorrem, por si só, a procedência ou a improcedência do pedido”; enquanto os segundos “são simples reforços que as partes realizam em torno dos fundamentos”.⁶³² Assim, a *função endoprocessual significa que o juiz deverá levar em consideração os fundamentos levantados pelas partes*.

Mas também aqui é possível (e necessária) uma abordagem mais contemporânea.

Primeiro, porque é justamente a função endoprocessual que evidencia a condição da sentença como sendo a última expressão do contraditório (ou seja, “verdadeiro banco de prova do direito ao contraditório das partes”⁶³³), mormente diante da necessidade de consideração, pelo juízo, dos fundamentos das partes.⁶³⁴⁻

635

⁶³⁰ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier. **La Motivación de las Resoluciones Judiciales**. Op. cit. p. 158; GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los Hechos en el Derecho: bases argumentales de la prueba**. Op. cit. p. 179.

⁶³¹ Uma rápida pesquisa nos precedentes do Superior Tribunal de Justiça confirma que esse é o entendimento daquela Corte, muito embora deva ser destacado que não há, nesses julgados, clara diferenciação entre “argumentos” e “fundamentos”. A título de exemplo: EDcl no AgRg no ExeMS 10.459/DF, Rel. Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, julgado em 10/12/2014, DJe 17/12/2014; STJ, REsp 1471480/CE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/11/2014, DJe 05/12/2014STJ; AgRg no AREsp 587.749/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 04/12/2014, DJe 12/12/2014; REsp 855.073/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 19/06/2007, publicado em 28/06/2007, p. 877.

⁶³² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo**. Op.cit. p. 421.

⁶³³ MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. In: _____; RIZZO AMARAL, Guilherme (Coord.). **Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 86.

⁶³⁴ Daí a razão pela qual, no particular, Daisson Flach apresenta nova denominação também para a função “endoprocessual”, a qual deve ser chamada de “dialética (ou de contraditório)” (FLACH, Daisson. **Dever de Motivação das Decisões Judiciais na Jurisdição Contemporânea**. Op. cit. p.46). Marina Gascón Abellán, embora, novamente, não critique a nomenclatura “endoprocessual”, faz referência à denominação “técnico-jurídica ou burocrática” (GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los Hechos en el Derecho: bases argumentales de la prueba**. Op. cit. p. 178).

⁶³⁵ Posicionamento esse, aliás, que parece ter sido adotado no julgamento do seguinte caso, cuja ementa vai transcrita: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) APELAÇÃO. TESES DE DEFENSIVAS. TRATAMENTO PELO ACÓRDÃO. AUSÊNCIA. NULIDADE. RECONHECIMENTO. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS EXPEDIDO DE OFÍCIO.

Não se adota, portanto, a ideia de que contraditório pertence somente às partes, de modo que ao juiz, para motivar sua decisão judicial, basta demonstrar de forma coerente as razões pelas quais o seu convencimento é o correto.⁶³⁶ Entendimento desse jaez implica a noção do contraditório fraco, de todo desprezível à luz do formalismo-valorativo e, mais precisamente, no próprio Estado Constitucional, nada obstante a existência de julgados nesse sentido.⁶³⁷

Reitera-se, portanto, o que já foi dito alhures⁶³⁸: a motivação deve ser produto da colaboração processual; com efeito, embora seja algo realizado (exteriorizado) unicamente pelo juiz, *a motivação não é construída de forma unipessoal, pois o seu conteúdo mínimo depende também da atividade das partes.*

A questão deve avançar.

Segundo Michele Taruffo, “se a motivação contivesse somente uma função endoprocessual como aquela descrita, ela seria necessária somente para as sentenças sujeitas à impugnação, enquanto seriam de todo supérfluas para as sentenças que, a exemplo daquelas da Corte de Cassação ou daquelas da Corte Constitucional, não são impugnáveis”.⁶³⁹

Em que pese a lógica da constatação, e que acaba por justificar a função extraprocessual da motivação da decisão judicial, trata-se de concepção reducionista.

Ora, novamente conforme já foi dito, no Estado Constitucional, o discurso judicial deve ser voltado às partes. Trata-se de exigência derivada, ao fim e ao cabo,

1. Tem-se como imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Requisito de legitimação, o dever de motivação das decisões judiciais possibilita, numa perspectiva interna do processo, o exercício do direito de se recorrer e, em uma ótica externa, lastreia a fiscalização da atuação do Estado-juiz, que deverá demonstrar o seu convencimento de maneira fundamentada. Na espécie, além da ausência do tratamento dos termos das razões recursais, lacônico, o aresto guerreado simplesmente transplantou para a "nova decisão" o norte da sentença e o teor do parecer ministerial, sem empolgar a imprescindível dialeticidade, traço identificador da atividade judicante.

3. Ordem não conhecida, expedido habeas corpus de ofício para reconhecer a nulidade do julgamento da apelação, que deverá ser refeito, com a apreciação das teses defensivas (com voto vencido).

(STJ, HC 207.059/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Rel. p/ Acórdão Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 06/11/2014, DJe 03/02/2015).

⁶³⁶ A lembrança desse posicionamento é de MITIDIÉRO, Daniel. **Fundamentação e precedente:** dois discursos a partir da decisão judicial. Op. cit. p. 87.

⁶³⁷ STF, AI 666723 AgR, Rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 19/05/2009, publicado em 22.05.2009; STJ, AgRg no AREsp 149.713/PR, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 14/08/2012, DJe 03/10/2012; STJ, AgRg no AREsp 84.127/AC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 02/08/2012, DJe 09/08/2012.

⁶³⁸ Vide *supra*, item 1.2 da segunda parte deste trabalho.

⁶³⁹ TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza. Op. cit. p. 178.

da própria dignidade da pessoa humana, que faz com que o indivíduo assuma papel de destaque no plano estatal, sobretudo porque “o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que estejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade”.⁶⁴⁰

Isso significa, especificamente naquilo que nos interessa, que o Estado deve se justificar perante o indivíduo, sobretudo porque o exercício da jurisdição, ao fim e ao cabo, se trata de uma intromissão do Estado na vida do particular. E no particular vale o que já há foi referido no âmbito do Supremo Tribunal Federal, muito embora tenha sido em processo penal: “é a boa aplicação dos direitos fundamentais de caráter processual – aqui merece destaque a proteção judicial efetiva – que permite distinguir o Estado de Direito do Estado Policial. Não se pode perder de vista que a boa aplicação dessas garantias configura elemento essencial de realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica. Como amplamente reconhecido, o princípio da dignidade da pessoa humana impede que o homem seja convertido em objeto dos processos estatais”.⁶⁴¹

Desse modo, contemporaneamente, embora a função endoprocessual permaneça com suas características clássicas, deve ser destacado que a motivação da decisão judicial representa propriamente a justificação, perante o indivíduo, das ações jurisdicionais do Estado.⁶⁴²

Ainda que de forma tímida, essa constatação não passa despercebida na prática.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, já se afirmou, por exemplo, que a “relevância da exigência da motivação das decisões criminais se justifica na previsão expressa da Constituição Federal, em seu artigo 93, inciso IX, combinado com a adoção do Estado Democrático de Direito, pela

⁶⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Op. cit. p. 132-133.

⁶⁴¹ STF, HC 91386, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 19/02/2008, publicado em 16/05/2008.

⁶⁴² Nas Palavras de José Carlos Barbosa Moreira, “el Estado de Derecho no está autorizado para interferir en nuestra esfera personal sin justificar su interferência” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Prueba y motivación de la sentencia. In: **Temas de Direito Processual Civil (oitava série)**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 107).

Carta Magna, tendo na proteção da dignidade da pessoa humana um dos pilares básicos”.⁶⁴³

Compreende-se perfeitamente a preocupação em se ressaltar a relação entre motivação da decisão judicial e a dignidade da pessoa humana nos processos penais: afinal, o direito que poderá ser ceifado em virtude de decisão judicial é a liberdade do indivíduo, valor primordial e ligado diretamente à própria dignidade da pessoa humana.

Não há motivos, contudo, para não se aplicar semelhante entendimento no processo cível.

De fato, conforme já foi demonstrado neste trabalho⁶⁴⁴, também no processo cível pode estar em discussão direito tão relevante como aqueles que estão em processos penais, a exemplo do pátrio poder, da responsabilização em face de improbidade administrativa ou mesmo em razão de erro médico (que pode ter repercussão criminal).

Além do mais, o art. 93, IX, da Constituição Federal, não faz qualquer diferenciação entre o “grau” de justificação que deve ter a sentença penal ou a cível. Ou seja, a motivação, na atividade jurisdicional, sempre deve ser uma só e deve ser aquela que justifique de forma adequada para as partes a ingerência estatal no âmbito do indivíduo.

⁶⁴³ Habeas Corpus Nº 70062317581, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Osnilda Pisa, Julgado em 20/11/2014.

⁶⁴⁴ Vide, *supra*, item 1.4 da primeira parte do trabalho.

2 A ARGUMENTAÇÃO E O RACIOCÍNIO JURÍDICO COMO COMPREENSÃO DA MOTIVAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL: O CARÁTER JUSTIFICATIVO DA SENTENÇA

Outro ponto que merece especial atenção é a relação entre motivação e argumentação, especialmente porque a partir de seu exame é que se começa a perceber a formação de um discurso racional.

A sentença, aliás, é *verdadeira expressão do raciocínio jurídico*. Com efeito, o vocábulo “raciocínio” pode significar tanto o processo mental por meio do qual se chega a uma conclusão ou decisão, ou propriamente um discurso por meio do qual se argumenta ou se justifica referida conclusão ou decisão⁶⁴⁵, questão essa última que bem caracteriza a motivação da decisão judicial e, em última análise, a própria sentença.

Daí porque sobressai o caráter argumentativo da motivação da decisão judicial. Afinal, “argumentar” significa “debater” (*erörtern*), “criticar” e, sobretudo, “apresentar razões a favor e contra”⁶⁴⁶, o que necessariamente irá integrar o conteúdo da motivação judicial.

Com efeito, está superada a ideia de que a estrutura do juízo se consubstancia em um silogismo,⁶⁴⁷ cuja premissa maior é fornecida pela norma que será aplicada, enquanto que a premissa menor é fornecida pelos fatos relevantes averiguados e a conclusão é a decisão sobre a *fattispecie*⁶⁴⁸, na medida em que, sobretudo, não se mostra suficiente para descrever o conjunto da atividade decisória e justificar o corpo de sua motivação.⁶⁴⁹ Ora, basta pensar que quando “o juiz redige

⁶⁴⁵ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. Op. cit. p. 229.

⁶⁴⁶ BRÜGGEMANN, Jürgen. *Die richterliche Begründungspflicht*. Op. cit. p. 71. Ou, de forma mais simples, a “argumentação explícita o porquê de uma resposta” (MEYER, Michel. *A Retórica*. Traduzido por Marly N. Peres. São Paulo: Ática, 2007, p. 69).

⁶⁴⁷ Já se afirmou, por exemplo, que “um raciocínio a ser evitado pelo juiz quando da interpretação e aplicação do direito é o da lógica-dedutiva. Este modelo, instrumentalizado pelo puro silogismo judicial, está despido de uma interpretação mais valorativa das normas legais. Para refutá-lo, basta lembrar que o processo não tem apenas um valor, ou seja, a realização do direito material. O processo tem outros fins além deste. Ele também é instrumento de realização de justiça social. Esta justiça social, para ser realizada, exige que certos valores e princípios sejam levados em consideração quando da concretização das normas legais” (LIRA, Gerson. A motivação na apreciação do direito. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Coord.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.265).

⁶⁴⁸ TARUFFO, Michele. *La Motivazione della Sentenza Civile*. Op. cit. p. 150. Representativo dessa ideia, por exemplo, é o entendimento de CALAMANDREI, Piero. La genesi logica della sentenza civile. In: *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano, 1965. v.1, p. 51; CARNELUTTI, Francesco. Limiti del rilievo dell’error in iudicando in Corte di Cassazione. In: *Studi di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1939, p. 367-389 e ROCCO, Alfredo. *La Sentenza Civile*. Milano: Giuffrè, 1962, p. 31.

⁶⁴⁹ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier. *La Motivación de las Resoluciones Judiciales*. Op. cit. p. 253.

a motivação meses ou anos de distância do momento da deliberação, ou da obtenção das provas, é claro que não é capaz de reconstruir o *iter* mental que levou o juiz a decidir⁶⁵⁰ e, portanto, parte da decisão para encontrar argumentos que a justifiquem”.⁶⁵¹

Sob essa perspectiva (ou seja, de que a motivação judicial deve ser examinada a partir do seu âmbito argumentativo), deve-se ter presente o contexto dialogal do processo.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira lembra da “renovação dos estudos de lógica jurídica, a partir dos anos cinquenta do século XX, e com ênfase emprestada ao sentido problemático do direito, elementos que em certa medida iniciam o resgate da antiga dimensão retórica e dialética do processo”⁶⁵², a exemplo do que ocorreu no *ordo iudiciarius*, quando, em síntese, “o contraditório se resolvia no *ars apponendi et respondendi*, em uma regulamentação do diálogo que assegurava reciprocidade e igualdade às partes”⁶⁵³, orientando-se, assim, “por um pensamento problemático, de

⁶⁵⁰ Neste ponto, revisa-se o posicionamento anteriormente adotado, quando se aludiu, contrariamente, com apoio em Cândido Rangel Dinamarco (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. III. Op. cit, p. 106) que “de uma forma geral, essa motivação consiste no desenvolvimento do *iter* de raciocínio que leva o juiz a concluir acerca da concretização ou não de determinado fato” (GROSS, Marco Eugênio. **A Categoria das Máximas de Experiência no Âmbito do Livre Convencimento do Juiz e o seu Controle pelo Superior Tribunal de Justiça**. Op. cit. 69). Afinal, mais uma vez conforme Michele Taruffo, “la motivazione non riproduce e non racconta i procedimenti mentali, la sequenza di pensieri e di stati psicologici che hanno condotto l’autore a costruirlo. Il testo è il prodotto di un’attività che può anche essere assai complessa, ma non è la descrizione o la riproduzione di questa attività. Allo stesso modo la motivazione (...) non è il resoconto del così detto *iter* logico-psicologico che il giudice há seguito per giungere alla formulazione finale della sua decisione. A parte il fatto che ciò sarebbe per ovvie ragioni impossibile, non interessa ad alcuno la dinamica delle sinapse che hanno interessato i neuroni del giudice, e neppure rilevano i suoi umori, i suoi sentimenti, e quant’altro può essere accaduto *in interiore homine*. Per fare un solo esempio tra gli infiniti possibili: non interessa sapere che il giudice ha intuito che un certo teste era credibile alle 4 del mattino uscendo da un bar dopo abbondanti libagioni. Ciò che interessa davvero è il risultato di tutto ciò, ossia – appunto – un testo che narra i fatti della causa, ossia la versione dei fatti che il giudice considera corrispondente alla realtà degli eventi narrati, e spiega le ragioni per le quali il giudice considera quei fatti come veri, ad esempio ritenendo credibile quel teste” (TARUFFO, Michele. **La Semplice Vertià**: il giudice e la costruzione dei fatti. Op. cit. p. 238-239). Em termos mais simples, conforme anota José Carlos Barbosa Moreira: “não se espera que o juiz narre todas as vicissitudes por que passou sua mente até formar o convencimento definitivo. A motivação não é a história da evolução mental do julgador com referência ao caso” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O que deve e o que não deve figurar na sentença. In: **Temas de Direito Processual (Oitava Série)**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 119).

⁶⁵¹ TARUFFO, Michele. **Il Vertice Ambiguo**: saggi sulla cassazione civile. Op. cit. p. 139.

⁶⁵² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil**: proposta de um formalismo-valorativo. Op. cit. p. 164; Idem, Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. Op. cit. p. 26.

⁶⁵³ PICARDI, Nicola. Processo civile (dir. moderno). In: **Enciclopedia del Diritto**, Milano: Giuffrè, v. XXXVI, 1987, p. 115.

razão prática, pautado pela dialética entre os participantes do processo, cujos critérios fundamentais vão identificados na opinião e no consenso”.⁶⁵⁴

Essas características (diálogo, pensamento problemático, etc.), aliás, foram questões presentes com Theodor Viehweg, que desenvolveu a tópica a partir das ideias de Aristóteles e Cícero, a qual coloca em evidência o “pensar por problemas desenvolvido a partir da retórica. Ela apresenta uma estrutura espiritual que inclusive em suas particularidades se distingue claramente de uma estrutura dedutivo-sistemática”.⁶⁵⁵ Em outros termos, a tópica está orientada para o problema,⁶⁵⁶ sendo que os *topoi* servem à sua discussão.⁶⁵⁷ Daí porque “a tópica é, do ponto de vista de seu objeto, uma *técnica do pensamento problemático*”; mas, além disso, “do ponto de vista do instrumento com que opera, o que se torna central é a noção do *topos* ou *lugar-comum*; finalmente, do ponto de vista do tipo de atividade, a tópica é uma *busca e exame de premissas*: o que a caracteriza é ser um modo de pensar no qual a ênfase recai nas premissas, e não nas conclusões”.⁶⁵⁸

Neste contexto, o diálogo ganha especial destaque. A propósito, Theodor Viehweg lembra que para Aristóteles a tópica pertence ao terreno do que é dialético, pois envolve conclusão dialética que é obtida a partir de opiniões.⁶⁵⁹ De fato, é intuitivo que uma argumentação que se trata fundamentalmente de um “pensamento

⁶⁵⁴ MITDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. Op. cit. p. 90. Ainda sobre o *ordo iudiciarius*, ver, entre outros, Idem. A lógica da prova no *ordo iudiciarius* medieval e no *processus* assimétrico moderno: uma aproximação. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.). **Prova Judiciária**: estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 70-79; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. Op. cit. p. 228-229; Idem, **Do Formalismo no Processo Civil**: proposta de um formalismo-valorativo. Op. cit. p. 163; ZANETI JÚNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. Op. cit. p. 119-126; GIULIANI, Alessandro. *L'ordo iudiciarius* medioevale (riflessioni su um modelo puro di ordine isonômico). Op. cit. p. 598-614; GROSS, Marco Eugênio. **Diálogo, participação e a influência do processo cooperativo no conteúdo da garantia do contraditório**. Op. cit. p. 365-367.

⁶⁵⁵ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Traduzido da 5ª edição alemã, revista e ampliada, de Kelly Susane Aflen da Silva. Porto Alegre: Fabris, 2008, p.16.

⁶⁵⁶ Ibidem, p. 33.

⁶⁵⁷ Ibidem, p. 39. Daí que “da correta identificação do problema (das premissas da discussão) é que surgirão as premissas necessárias para a solução, quando estas se afastam do problema automaticamente perdem a validade. O pensamento problemático, tópico, não pode criar deduções de longo alcance, porque todas as deduções podem ser interrompidas pelo problema” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O problema da verdade no processo civil**: modelos de prova e de procedimento probatório. Op. cit. p. 136-137).

⁶⁵⁸ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica – Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros. Traduzido por Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2.ed. São Paulo: Landy, 2002, p. 65.

⁶⁵⁹ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Op. cit. p. 22-23.

problemático”, somente pode ser desenvolvida a partir de uma relação dialética, a fim de formar uma conclusão a partir das diversas perspectivas alcançadas.

A grande virtude do método tópico-argumentativo, especificamente em relação à motivação da decisão, é que coloca em destaque a “sociabilidade (ou aceitabilidade) da decisão”. De fato, se o que sobressai são os *topoi*, ou o lugar-comum, fica fácil perceber que os *topos* auxiliam na compreensão do discurso judicial no ambiente social, pois, ao utilizá-los, a motivação fica mais cognoscível para o público em geral, sobretudo porque a linguagem utilizada não será unicamente técnico-jurídica, auxiliando na efetividade do controle externo da decisão. Igualmente, e como consequência, possibilita-se uma adequação do juízo e da motivação às orientações sociais prevalentes.⁶⁶⁰ Daí a conexão da decisão judicial com o plano axiológico-social.⁶⁶¹

Isso tudo, porém, não significa que a Tópica seja imune a críticas. Nessa direção, afirma-se, em primeiro lugar, que esse modelo argumentativo, nos termos em que foi antes caracterizado, leva inevitavelmente em consideração a ideia do consenso, de forma que a argumentação seria eminentemente uma adesão do juiz às opiniões e aos pré-juízos correntes. Também há referência de que o uso de *topos* seria a adoção de um ponto de vista simples e redutivo sobre o problema mesmo; desse modo, especificamente em relação à motivação da sentença judicial, isso pode se traduzir no uso repetitivo de algumas fórmulas pré-concebidas, na fidelidade à autoridade, no largo emprego de brocardos tradicionais e na referência ao senso comum. Do mesmo modo, afirma-se que o método carece de uma crítica racional, pois, ao se afastar do modelo lógico de argumentação, coloca-se como um mecanismo de indução de consenso (acordo) externo, a fim de que a decisão não se fundamente em elementos de justiça, legalidade e correção lógica, mas sobre a capacidade de provocar uma adesão do tipo emotivo e intuitivo.⁶⁶²

A crítica, contudo, parece ser exagerada, apesar da validade de uma decisão judicial efetivamente não depender de seu consenso.⁶⁶³ Com efeito,

⁶⁶⁰ TARUFFO, Michele. **La Motivazione della Sentenza Civile**. Op. cit. p. 186-187.

⁶⁶¹ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier. **La Motivación de las Resoluciones Judiciales**, Op. cit. p. 259.

⁶⁶² TARUFFO, Michele. **La Motivazione della Sentenza Civile**. Op. cit. p. 188-190.

⁶⁶³ Consoante Tercio Sampaio Ferraz Jr., o “fato de decidir juridicamente é um discurso racional, pois dele se exige fundamentação. Não deve ser apenas provado, mas *com*-provado. Essa comprovação não significa necessariamente consenso, acordo, mas sim que são obedecidas regras *sobre* a obtenção do consenso que aliás nem precisa ocorrer. Por isso, uma decisão que não conquiste a adesão dos destinatários pode ser, apesar do desacordo, um discurso fundamentante (racional)”

impossível não se proceder uma comparação entre *topos*, que é lugar-comum, com as máximas de experiência, pois estas são fundamentalmente noções adquiridas da experiência ordinária, *o que necessariamente deverá ser observado quando da motivação da decisão judicial*.⁶⁶⁴ Quer dizer, o “lugar-comum”, preconizado pelo método tópico, pode ser equiparado, *mutatis mutandis*, às noções da experiência⁶⁶⁵, de modo que, ao contrário do asseverado, contribui para a racionalidade da decisão judicial, mormente porque o julgador delas não poderá se afastar.

O fato de que a motivação necessariamente deverá observar aquilo que ordinariamente acontece não implica que o julgador ficará preso a certos “padrões consensuais”. Ao contrário, essa ideia facilita o controle da decisão judicial, justamente em razão da obrigatoriedade de a motivação observar máximas que são de crença compartilhada e intersubjetivamente válidas.⁶⁶⁶

Mas note-se: não se pretende equivaler as máximas de experiência ao *topos*, sobretudo porque aquelas são verificadas a partir da observação dos fatos.⁶⁶⁷ Nada obstante, é inegável que há um núcleo duro comum, especificamente no que concerne à crença compartilhada.

(FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 299).

⁶⁶⁴ GUASCH FERNÁNDEZ, Sergi. **El Hecho y el Derecho en la Casación Civil**. Op. cit. p. 452; GROSS, Marco Eugênio. **A Categoria das Máximas de Experiência no Âmbito do Livre Convencimento do Juiz e o seu Controle pelo Superior Tribunal de Justiça**. Op. cit. p. 90.

⁶⁶⁵ É prudente deixar claro, contudo, que os *topoi* não se limitam às noções da comum experiência. Ou seja, “un primo gruppo di *topoi* è ad es costituito dagli argomenti tradizionali della logica giuridica, qualli l’*argumentum a simili, a pari, a maiori, a minori, a contrariis*, e così via, cui possono aggiungersi anche alcuni tipi di argomenti tratti dalla logica generale. Un secondo gruppo, senz’altro il più ampio, può ricomprenderne i *topoi* costituiti da principi generali del diritto, sia tradotti in norme positive che come regola *standard* di valutazione, dalle massime tratte dai precedenti giurisprudenziali o dagli orientamenti dottrinali, dalle nozioni del senso comune relative a fenomeni non giuridici, da criteri di valutazione etica, economica e sociale consolidati nella *communis opinio*, e così via. Un terzo gruppo, infine, può essere costituito da espedienti argomentativi di natura più prettamente retorica, ossia diretti essenzialmente a suscitare un consenso non razionalmente mediato, come ad es. la citazione del caso limite in funzione emotiva, la *reductio ad absurdum* pure in funzione emotiva, l’*argumentum ex auctoritate*, ecc.” (TARUFFO, Michele. **La Motivazione della Sentenza Civile**. Op. cit. p. 181).

⁶⁶⁶ Nicola Mannarino bem resume a ideia da relação entre motivação e máximas de experiência: “Il giudice non ha solo l’obbligo di decidere la controversia valutando correttamente le prove mediante appropriate massime di esperienza, ma ha anche l’obbligo di motivare em conformità al decisum esplicitandone le ragioni per rendere possibile il controllo del suo convincimento. L’obbligo di motivazione quindi può dirsi propriamente adempiuto se il ragionamento giustificativo è attendibile nel suo contenuto anche perché si fonda su massime che, adeguate e pertinenti al caso di specie, siano credenze condivise dalla comunità sociale o comunque condivisibili e come tali intersoggettivamente valide” (MANNARINO, Nicola. **La Prova nel Processo**. Op. cit. p. 313).

⁶⁶⁷ A diferenciação é ressaltada por MANNARINO, Nicola. *Ibidem*, p. 170.

Também no âmbito da argumentação, o contexto dialogal, de certo modo, sobressai nas ideias de Chaïm Perelman.⁶⁶⁸ Segundo o jusfilósofo, o “método dialético, tal como se manifesta do diálogo, apresenta a particularidade de que nele as teses examinadas e as conclusões adotadas não são evidentes, nem fantasias, mas representam opiniões que, em determinado meio, são consideradas mais sólidas. É esse aspecto da argumentação dialética que permite considerar os interlocutores dessa espécie de diálogo não como simples defensores de seu ponto de vista pessoal, mas como expressão da opinião ‘razoável’ de seu meio”.⁶⁶⁹

Não por menos, a sua *tese central é a de que o raciocínio do juiz não possui natureza lógico-demonstrativa, mas retórico-argumentativa*.⁶⁷⁰

Assim, novamente segundo as palavras de Perelman, a “retórica (...) difere da lógica pelo fato de se ocupar não com a verdade abstrata, categórica ou hipotética, mas com a adesão. Sua meta é produzir ou aumentar a adesão de um determinado auditório a certas teses e seu ponto inicial será a adesão desse auditório a outras teses”.⁶⁷¹ Afinal, se os “argumentos retóricos não estabelecem verdades evidentes, provas demonstrativas, e sim mostram o caráter razoável, plausível, de uma determinada decisão ou opinião”, é “fundamental, na argumentação, a referência a um auditório ao qual se trata de persuadir”.⁶⁷² Essa é a razão pela qual Chaïm Perelman, juntamente com Lucie Olbrechts-Tyteca, define o “auditório” como “o conjunto daqueles que o orador quer influenciar com sua argumentação”,⁶⁷³ sendo que é “ao auditório que cabe o papel principal para determinar a qualidade da argumentação e o comportamento dos oradores”.⁶⁷⁴

Mais especificamente, conforme essa teoria, há basicamente três espécies de auditório: o primeiro é o auditório *universal*, “constituído pela humanidade inteira, ou pelo menos por todos os homens adultos e normais”; “o segundo formado, no

⁶⁶⁸ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica – Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros. Op. cit. p. 84.

⁶⁶⁹ PERELMAN, Chaïm. **Retóricas**. Traduzido por Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 53.

⁶⁷⁰ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier. **La Motivación de las Resoluciones Judiciales**, Op. cit. p. 260-261.

⁶⁷¹ PERELMAN, Chaïm. **Retóricas**. Op. cit. p. 70.

⁶⁷² ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica – Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros. Op. cit. p. 84.

⁶⁷³ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação**: a nova retórica. Traduzido por Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 22.

⁶⁷⁴ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação**: a nova retórica. Op. cit. p. 27.

diálogo, unicamente pelo *interlocutor* a quem se dirige; o terceiro, enfim, constituído pelo *próprio sujeito*, quando ele delibera ou figura razões de seus atos”.⁶⁷⁵

Em assim sendo, ou seja, considerando que é o auditório que irá determinar a qualidade da argumentação e o comportamento dos oradores, e diante das espécies de auditórios, Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca referem que a argumentação *persuasiva* “pretende valer só para um auditório particular”, enquanto que a argumentação *convincente* é voltada para “a adesão de todo ser racional”.⁶⁷⁶

Em razão disso tudo, um argumento forte, conjuntamente com uma boa motivação, seria capaz de convencer um auditório universal, ultrapassando, na visão analisada, a mera persuasão, pois esta, como destacado, é dirigida para o auditório particular. Como não poderia deixar de ser, *tudo isso reflete na motivação judicial, pois o juiz, no momento de construir a ratio decidendi, deve se comportar como se dirigisse sua atenção para o auditório universal.*⁶⁷⁷

Além disso, também há referência de que quem efetivamente quer convencer a todos, deve ser imparcial, rebatendo os argumentos contrários.⁶⁷⁸ Com isso, percebe-se que a argumentação retórica coloca em evidência a imparcialidade, o que, como se sabe, é imprescindível na construção da motivação judicial pelo julgador.⁶⁷⁹

Ainda, uma das características da argumentação é a de que a conclusão é reivindicada pelo orador como algo que deve encerrar o debate, embora o auditório não seja obrigado a aceitá-la⁶⁸⁰ – concepção essa que vai ao encontro da decisão judicial. Afinal, parece não haver dúvida de que a sentença, em última análise, do

⁶⁷⁵ Ibidem, p. 33-34.

⁶⁷⁶ Ibidem, p. 31.

⁶⁷⁷ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier. **La Motivación de las Resoluciones Judiciales**, Op. cit. p. 261.

⁶⁷⁸ Robert Alexy, ao analisar a teoria de Perelman, refere: “Quem atua com parcialidade, desde que sincero, convence aqueles entre os quais ele se encontra. Quem quer convencer a todos, deve ser imparcial. Isto pressupõe que ele apresenta também os respectivos contra-argumentos. A regra que rege é *audiatur et altera pars*” (ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Traduzido por Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 176).

⁶⁷⁹ Afinal, “En un Estado democrático y de derecho la confianza en el correcto ejercicio de la función jurisdiccional, esto es, en el buen hacer de los jueces y magistrados, es básica para alcanzar el adecuado clima de paz social y convivencia pacífica entre sus ciudadanos. En consecuencia, una sociedad que desconfíe de la ecuanimidad, objetividad o rectitud de juicio de las personas encargadas de administrar justicia está destinada, irremediabilmente, a sufrir continuas y graves tensiones que pueden incluso, en última instancia, poner el peligro la propia existencia democrática del Estado” (PICÓ I JUNOY, Joan. **La Imparcialidad Judicial y sus Garantías: la abstención y la recusación**. Barcelona: José María Bosch, 1998, p. 17).

⁶⁸⁰ REBOUL, Olivier. **Introdução à Retórica**. Op. cit. p. 97.

ponto de vista argumentativo, pretende colocar fim à discussão, embora as partes possam se irresignar a respeito.

Apesar disso tudo, a teoria carece de critérios objetivos acerca da estrutura da argumentação a ser realizada, pois inexistente qualquer indicação acerca dos critérios para se distinguir um argumento fraco daquele considerado forte.⁶⁸¹

Também a própria questão do “auditório universal”, que, como se viu, é central na tese de Perelman, é objeto de controvérsia. Por um lado, do ponto de vista metodológico, há referência de que não se pode qualificar como racional a argumentação somente porque é aceita pelo auditório universal, mas que, se a argumentação é racional, então é válida para todo e qualquer tipo de auditório disposto a servir para um consentimento racional. De outro lado, o conceito de auditório universal se revela como a manifestação de uma ideologia “conformista e conservadora”, pois se esta depende do consentimento do auditório, então se trata de uma ideia de racionalidade que opera como um simples e puro reenvio a pré-juízos e lugares comuns,⁶⁸² não se diferenciando, na prática, da crítica dirigida ao método tópico-argumentativo.

De qualquer modo, é inegável que a argumentação retórica, ao demonstrar que o raciocínio decisório, tampouco a motivação, são constituídos por estruturas eminentemente dedutivas fechadas e formais, ganha espaços não lógicos do raciocínio justificativo.⁶⁸³

Apesar de não ser possível uma completa análise da teoria da argumentação jurídica no Direito, dada a amplitude do tema⁶⁸⁴, o que demandaria, portanto, análise exclusiva do tema, do que se expôs, é certo que a análise argumentativa da sentença deve partir eminentemente do contexto dialogal. Ora, se, conforme corretamente já foi observado pela doutrina, “o discurso deve ser intersubjetivamente controlável a partir da invocação de razões relevantes que conduzam ao maior grau possível de aceitação racional da decisão, dado que o escopo da justificação está justamente em conduzir a partir daí a um grau significativo de aceitação da decisão”⁶⁸⁵, é mediante uma relação dialética, com a

⁶⁸¹ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier. **La Motivación de las Resoluciones Judiciales**. Op. cit. p. 263.

⁶⁸² TARUFFO, Michele. **La Motivazione della Sentenza Civile**. Op. cit. p. 201.

⁶⁸³ Ibidem, p. 203.

⁶⁸⁴ Para se perceber isso, basta ver, por todos, a obra de ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica** – Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros, *passim*.

⁶⁸⁵ MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. Op. cit. p. 26.

consideração das opiniões (hipóteses) aventadas pelas partes, que será possível chegar a uma conclusão.

Aqui, portanto, devem ser retomadas as considerações anteriormente referidas acerca do ambiente democrático que deve permear o processo, com todas as suas implicações.

Afinal, somente com amplo diálogo entre todos os sujeitos do processo, com a correspondente participação das partes e do juiz, ou em termos mais específicos, mediante a colaboração processual (que é inerente ao Estado Constitucional⁶⁸⁶ e própria de uma comunidade de trabalho⁶⁸⁷) na construção da decisão judicial, que a motivação da sentença será sobretudo mais cognoscível (indo ao encontro, ao fim e ao cabo, da segurança jurídica), tendo em vista a necessidade de manifestação sobre todos os pontos decisivos para a resolução da controvérsia⁶⁸⁸, de modo que, conforme Daniel Mitidiero, “o órgão jurisdicional tem de considerar seriamente os fundamentos deduzidos pelas partes, não podendo se omitir no que concerne às razões constantes de seus arrazoados”.⁶⁸⁹ Nesse particular, a propósito, o novo Código de Processo Civil é paradigmático: o seu art. 489, §1º, IV, estabelece que a decisão judicial, seja ela decisão interlocutória ou sentença, não será considerada fundamentada se “não enfrentar todos os argumentos⁶⁹⁰ deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”.

Trata-se de recuperar, portanto, conforme Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, o “valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, que há de frutificar pela cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo”. Como consequência, “tal ideia implica que a sentença

⁶⁸⁶ Sobre isso, ver MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos, *passim*; GROSS, Marco Eugênio. **A colaboração processual como produto do Estado Constitucional e as suas relações com a segurança jurídica, a verdade e a motivação da sentença**. Op. cit. p. 116-125.

⁶⁸⁷ LAUMEN, Hans-Willi. **Das Rechtsgespräch im Zivilprozess**. Köln: Carl Heymanns, 1984, p. 108; WASSERMANN, Rudolf, **Der Soziale Zivilprozess**. Neuwied und Darmstadt: Herman Luchterhand Verlag, 1978, p. 97 e GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Traduzido por Ronaldo Kochem. In: **Revista de Processo**, ano 37, v. 206, abr. 2012, p. 124; GROSS, Marco Eugênio. **A colaboração processual como produto do Estado Constitucional e as suas relações com a segurança jurídica, a verdade e a motivação da sentença**. Op. cit. p. 122.

⁶⁸⁸ EVANGELISTA, Stefano. Motivazione della sentenza civile. In: **Enciclopedia del Diritto**, Milano: Giuffrè, v. XXVII, 1977, p. 164.

⁶⁸⁹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. Op. cit. p. 155.

⁶⁹⁰ Apesar de que, como será demonstrado mais abaixo, o correto seria ter se empregado o termo “fundamentos”, e não “argumentos”.

final só pode ser o resultado do trabalho conjunto de todos os sujeitos do processo”.⁶⁹¹ Especificamente, a motivação, que, conforme já foi dito, se apresenta como última expressão do contraditório e, por consequência, de demonstração da influência das partes no convencimento do juiz,⁶⁹² *apresenta-se como ato de comunicação com as partes.*⁶⁹³

De outro lado, impõe-se igualmente a análise da argumentação justificativa da sentença.

Inicialmente, deve-se ter presente a ideia de que há dois polos a serem observados na sentença: os motivos de uma decisão e as razões que a sustentam. Os motivos são estados mentais que levam o juiz a ter uma crença (convencimento), sustentar uma tese ou decidir; as razões, de outro lado, são *enunciados* que servem publicamente como sustentação ou justificação de uma tese ou decisão. Daí porque motivação, *de per se*, é a exposição das razões, e não dos motivos.⁶⁹⁴

Logo, a motivação, contida na sentença objetiva, antes de tudo, justificar. *Aliás, justificação é a essência da motivação, pois é também um discurso justificativo constituído por argumentos racionais.*⁶⁹⁵

Assim, não há como realizar diferenciação entre motivação e justificação, como, porém, assim faz Stefano Evangelista, quando afirma que “a parte expositiva das circunstâncias de fato e de direito que determinam os motivos” possui a

⁶⁹¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil**: proposta de um formalismo-valorativo. Op. cit. p. 165.

⁶⁹² Afinal, “os fundamentos da decisão não podem se omitir sobre as razões com que as partes defenderam suas posições no conflito submetido à resolução judicial” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Juiz e partes dentro de um processo fundado no princípio da cooperação. In: **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 102, set. 2011, p. 73).

⁶⁹³ Essa também é a conclusão de Tercio Sampaio Ferraz Jr, embora a referência seja a respeito da decisão, e não propriamente da motivação. O autor refere que “a decisão é um processo de aprendizagem. Decidir é uma ação humana e qualquer ação humana ocorre numa situação comunicativa. Falar, sorrir, chorar, correr são comportamentos que, quer queiram, quer não, dizem algo a outrem. Constitui um axioma conjectural da teoria da comunicação o pressuposto de que o comportamento é comunicação, é troca de mensagens e que a comunicação não tem contrário: é impossível não se comunicar. Quem, por algum modo, não se comunica ‘comunica que não se comunica’. A decisão, portanto, é ato de comunicação. É ação de alguém para alguém. Na decisão jurídica temos um discurso racional. Quem decide ou que colabora para a tomada de decisão apela ao atendimento de outrem” (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. Op. cit. p. 299). Ainda sobre a motivação como ato de comunicação, ver TARUFFO, Michele. **La Motivazione della Sentenza Civile**. Op. cit. p. 108, o qual acrescenta, acertadamente, que a comunicação não é somente para com as partes, mas também para com o público em geral.

⁶⁹⁴ GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e Argomentare**. Op. cit. p. 237.

⁶⁹⁵ TARUFFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazione. In: **Revista de Processo**, ano 32, n.151, set. 2007, p. 237.

denominação de “justificação”, enquanto que a “parte expositiva da atitude psicológica” convém ser tecnicamente denominada de “motivação”.⁶⁹⁶

Ora, conforme restou analisado, a sentença, sendo verdadeiro raciocínio jurídico, é sobretudo o discurso por meio do qual se argumenta (justifica) a conclusão tomada, sendo a motivação, precisamente, que possui essa função, ou seja, de justificação da tese adotada.

Do mesmo modo, inviável a confusão entre “explicação” e “justificação”, sobretudo porque somente este último é que está inserido no contexto da motivação.⁶⁹⁷

Nada obstante, sustenta-se, por exemplo, que “o juiz deve *explicar*, na sentença, a origem e as razões da sua convicção, demonstrando, ainda, que ela é bastante ou não para a procedência do pedido”⁶⁹⁸ ou mesmo que “a sentença é fundamentalmente explicação da decisão”.⁶⁹⁹

A questão, contudo, é mais complexa.

A justificação é conceito mais amplo e que melhor caracteriza a motivação da decisão judicial, pois deve ser compreendida fundamentalmente como algo a *posteriori*, enquadrando a motivação precisamente no “contexto justificativo”. Ora, a motivação é destinada a justificar as escolhas, *que pressupõem já ocorridas*.⁷⁰⁰

Em outros termos, conforme já foi dito na nota introdutória deste trabalho, enquanto o raciocínio decisório (“context of discovery”) é o procedimento que conduz para a formulação de uma determinada solução de um problema, o raciocínio justificativo (“context of justification”) tem o intuito de demonstrar a validade de tal

⁶⁹⁶ EVANGELISTA, Stefano. Motivazione della sentenza civile. Op. cit. p.161.

⁶⁹⁷ Esse também é o posicionamento de Manuel Atienza, ao referir que “os órgãos jurisdicionais (...) não precisam explicar as suas decisões; o que devem fazer é justificá-las” (ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica – Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros. Op. cit. p. 22).

⁶⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. Op. cit. p. 261.

⁶⁹⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. **Instituciones de Derecho Procesal Penale**. Mendoza: Ediciones Jurídicas de Cuyo, 2001, p. 519.

⁷⁰⁰ TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. In: **Revista de Processo**, ano 32, n. 143, jan. 2007, p. 75. Mais ou menos nesse sentido, afirmam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart que há inegavelmente diferença entre os critérios de análise probatória e de decisão e os argumentos de justificação. Ou seja, “quando se pensa na credibilidade da prova ou mesmo em um critério de decisão, realiza-se um raciocínio que se coloca frente a duas opções e deve escolher uma delas, ao passo que, quando se está diante de um raciocínio justificativo, não há mais o que escolher, pois é apenas necessário justificar, através de argumentos, os raciocínios que antes foram feitos” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. Op. cit, p. 272).

solução, justificando-a.⁷⁰¹ Daí a conclusão de Tomás-Javier Aliste Santos no sentido de que, ao se entender que a motivação é explicação, não se leva em consideração a distinção fundamental entre os dois contextos antes mencionados.⁷⁰²

Aproximadamente na mesma direção, Sergi Guasch Fernández lembra que, “com a distinção do contexto de descobrimento e do contexto de justificação, é possível conceber a motivação das sentenças como a justificação da decisão tomada”; deste modo, não se pode “dizer que a motivação seja um simples expediente explicativo. Fundamentar ou justificar uma decisão é diferente de explicá-la”. Afinal, “enquanto para fundamentar é necessário dar razões que justifiquem um curso de ação, a explicação requer a simples indicação dos motivos ou antecedentes causais de uma ação”.⁷⁰³

Diga-se mais: a prevalecer a tese de que motivação é explicação, corre-se o risco de se adotar a concepção psicológica da motivação, o que é de ser evitado. Com efeito, pouco importa a descrição das razões ou dos motivos que induziram o magistrado a decidir de determinada maneira.⁷⁰⁴ Afinal, é inviável se inteirar externamente acerca do que e quando (antes ou depois da decisão) passou pela mente do juiz; sobretudo, a tese da concepção psicológica da motivação carece de fundamento ao se analisar a composição dos tribunais: afinal, certamente seria difícil uma motivação unitária que refletisse diferentes itinerários mentais de cada magistrado que participou do julgamento.⁷⁰⁵

Igualmente, se assim for, ocorrerá aquilo que classicamente foi definido por Ennio Amodio como *fallacia mentalística*, o que justamente vincula a ideia da motivação com o campo psicológico. Isso, por sua vez, pode levar à *fallacia descrittivística*, para quem o juízo obedece a cânones rigorosamente lógicos ou, no outro extremo, à *fallacia irrazionalística*, em que o juízo é eminentemente um “ato intuitivo”, com “componentes alógicos”.⁷⁰⁶

Não é por menos, portanto, que o contexto de justificação não está preocupado sobre o modo como se chegou ao descobrimento (à adoção da

⁷⁰¹ TARUFFO, Michele. **La Motivazione della Sentenza Civile**. Op. cit. p. 214.

⁷⁰² ALISTE SANTOS, Tomás-Javier. **La Motivación de las Resoluciones Judiciales**. Op. cit. p. 239.

⁷⁰³ FERNÁNDEZ, Sergi Guasch. **El Hecho y el Derecho en la Casación Civil**. Op. cit. p. 447-448.

⁷⁰⁴ Vide, a propósito, o que foi referido na nota de rodapé 650.

⁷⁰⁵ SALAVERRÍA, Juan Igartua. La dimensión dialéctica (y sus consecuencias) en la motivación de las sentencias. In: **Revista Vasca de Administración Pública**, n. 50, ene./abr. 1998, p. 185-186.

⁷⁰⁶ AMODIO, Ennio. Motivazione della sentenza penale. In: **Enciclopedia del Diritto**, Milano: Giuffrè, v. XXVII, 1977, p. 214.

decisão), senão acerca da maneira como se justifica o descobrimento ou a decisão.⁷⁰⁷

Também em razão disso tudo não se pode confundir a “lógica do juízo” com a “lógica da motivação”. De fato, a primeira, “significa racionalidade da escolha valorativa” e é de três ordens: “a) a escolha dos valores como diretriz da valoração; b) a valoração como formulação do juízo com base nos valores escolhidos como diretriz; c) a colocação dos juízos de valores no conjunto do raciocínio decisório”, o que se tentou formular na primeira parte deste trabalho. De outro lado, a lógica da motivação, “que significa justificação de tal escolha”, compreende: “a) justificação da escolha dos valores que guiam o raciocínio; b) justificação do próprio juízo de valor; c) justificação das consequências que o juiz obtém, para a decisão, do juízo de valor”.⁷⁰⁸

Além disso, outra questão precisa ser analisada: o que caracteriza uma justificação?

Neil MacComrick fornece elemento interessante a respeito. Segundo ele, de um modo geral, justificar um ato significa mostrar a sua correção (*to show that is right*). E isso, por sua vez, significa demonstrar que o ato necessariamente deveria ser praticado, ou que tinha que ser feito, dadas as características do ato e as circunstâncias do caso.⁷⁰⁹

Ora, naquilo que nos interessa, isso quer dizer que *a justificação significa a demonstração (ou pelo menos a sua tentativa) da correção da decisão adotada pelo juiz*. Caso contrário, o discurso justificativo empreendido pelo julgador ficaria oco, vazio. Com efeito, é ônus do juiz a tentativa de demonstrar o acerto de suas convicções, com base naquilo que foi discutido e produzido durante o *iter* processual, nada obstante a margem de subjetividade sempre presente a respeito do convencimento.

Definido, pois, o caráter justificativo da motivação da decisão judicial, importa destacar que, de acordo com Jerzy Wróblewsky, há dois tipos de justificação: a interna e a externa. A primeira “lida com a validade das inferências a

⁷⁰⁷ SALAVERRÍA, Juan Igartua. La motivación de las sentencias. In: **Revista Vasca de Administración Pública**, n. 31, sep./dic. 1991, p. 145.

⁷⁰⁸ TARUFFO, Michele. **La Motivazione della Sentenza Civile**. Op. cit. p. 147-148. Também sobre o assunto, ALISTE SANTOS, Tomás-Javier. **La Motivación de las Resoluciones Judiciales**. Op. cit. p.242.

⁷⁰⁹ MACCORMICK, Neil. **Rethoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning**. Op. cit. p. 98.

partir das premissas da decisão legal consideradas como conclusão. A decisão em questão é internamente justificada se as inferências são válidas e se a solidez das premissas não são testadas”; a justificação externa, por sua vez, “testa não só a validade das inferências, mas também a solidez das premissas.⁷¹⁰ Em termos mais objetivos, na “justificação interna verifica-se se a decisão segue logicamente as premissas que se expõem como fundamentação; o objeto da justificação externa é a correção destas premissas”.⁷¹¹

Significa dizer, no plano processual, isto é, na motivação da decisão judicial, que a justificação interna diz respeito à conexão lógica entre as premissas de direito e de fato⁷¹², ou seja, a operação realizada em função do nexo de correspondência entre a *fattispecie* concreta averiguada e a *fattispecie* legal que é individuada por meio da interpretação da norma que se aplica para decidir a controvérsia.⁷¹³ Daí que, por óbvio, deve haver correspondência entre aquilo que foi faticamente averiguado e verificado pelo juiz e o tipo legal por ele invocado.

Já a justificação externa diz respeito à justificação da escolha das premissas a partir das quais é derivada a decisão final. Mais especificamente, a justificação externa da premissa de fato da decisão diz respeito às razões pelas quais o juiz reconstruiu e averiguou de determinada maneira os fatos da causa, as quais são relativas às provas que o juiz se baseou para decidir acerca da veracidade ou falsidade do fato. Portanto, a justificativa externa da averiguação do fato implica a necessidade do juiz fornecer argumentos racionais relativos à maneira pela qual valorou a prova, bem como às inferências lógicas por meio das quais ele chegou às conclusões sobre os fatos da causa.⁷¹⁴ Além disso, a justificação externa da premissa de direito reclama que o juiz desenvolva argumentos que deem sustentação à escolha relativa à norma que foi considerada aplicável como regra da decisão do caso concreto, bem como à interpretação que foi adotada em relação à norma.⁷¹⁵

⁷¹⁰ WRÓBLEWSKY, Jerzy. Legal decision and its justification. Op. cit. p. 412.

⁷¹¹ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Op. cit. p. 217-218.

⁷¹² TARUFFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazione. Op. cit. p. 238.

⁷¹³ Idem. La motivazione della sentenza. In: **Revista Genesis de Direito Processual Civil**, n. 31, jan./mar. 2004, p. 183.

⁷¹⁴ TARUFFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazione. Op. cit. p. 238.

⁷¹⁵ Idem. La motivazione della sentenza. Op. cit. p. 183.

3 A SIGNIFICAÇÃO DA MOTIVAÇÃO NO PLANO DOS FATOS: A RELAÇÃO ENTRE PROVA E MOTIVAÇÃO E A MOTIVAÇÃO COMO DISCURSO PROBATÓRIO RACIONAL

A questão começa a se encaminhar para a relação entre a motivação e o modelo do juízo de fato. Precisamente, o que deve ser analisada é a significação, neste contexto todo, da motivação sobre os fatos, levando-se em consideração tudo o que já foi dito sobre a fundamentação e a função da motivação, bem como sobre a justificação.

A constatação de Perfecto Andrés Ibáñez bem coloca em evidência a relevância do ponto: “é na reconstrução ou na elaboração dos fatos onde o juiz é mais soberano, mais dificilmente controlável, e onde, portanto, pode ser (...) mais arbitrário”.⁷¹⁶

E isso não poderia ser diferente, mormente porque vigente, como se sabe, o livre convencimento motivado. Nada obstante, a sua própria denominação já revela o básico: o livre conhecimento deve ser *motivado*, o que está previsto no já mencionado art. 131 do CPC, que refere que o julgador deverá “indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”, redação essa que foi praticamente reiterada no art. 371 do novo Código de Processo Civil.

Aliás, o legislador expressamente prevê a necessidade de motivação acerca das questões fáticas. Assim, por exemplo, o art. 381, III, do Código de Processo Penal, prevê que a sentença deverá conter “a indicação dos motivos de fato (...) em que se fundar a decisão”. O art. 458, II, do CPC, aduz ser requisito da sentença os “fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato”, o que também foi reiterado no art. 489, II, do novo CPC.⁷¹⁷

Desse modo, absolutamente sem sentido a averiguação e verificação dos fatos se não há sua conexão com a exigência de motivação, ou mais especificamente com a explicitação das razões acerca da averiguação e verificação

⁷¹⁶ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. In: **Doxa**, n. 12, 1992, p. 261.

⁷¹⁷ Embora, no *caput* do mencionado artigo do novo CPC, não há mais referência aos “requisitos essenciais da sentença”, senão aos seus “elementos essenciais”. Aliás, o uso do vocábulo “requisitos” no atual Código de Processo Civil é criticado por José Carlos Barbosa Moreira, pois, segundo ele, requisitos “são qualidades, atributos, que se expressam por meio de adjetivos”, razão porque aduz que na realidade o art. 458 efetivamente trata de “elementos” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O que deve e o que não deve figurar na sentença**. Op. cit. p.117).

das hipóteses fáticas arguidas pelas partes, sob pena de todo o processo ser discricionário, subjetivo e arbitrário⁷¹⁸, nada obstante o modelo probabilístico do juízo de fato proposto neste trabalho, o qual pretende conferir uma racionalidade ao convencimento do juiz para a tomada da decisão.

Mesmo assim, a verdade é que de nada adianta o contexto de descobrimento, ou seja, a adoção da decisão, ser de todo racional, se posteriormente não houver a necessidade de justificação das escolhas realizadas. Caso fosse assim, cairia por terra inclusive a proposta realizada na primeira parte deste trabalho – e daí porque a questão da racionalidade e arbitrariedade reside especificamente na justificação, pois é somente a partir dela que isso poderá ser aferido.⁷¹⁹

Em síntese: *o dever de fundamentação, até mesmo pelo que se expôs até aqui, envolve a obrigatoriedade de a decisão ser racionalmente justificável; assim, deriva-se a partir do dever de fundamentação, que se estende para a averiguação dos fatos, que esta (a averiguação dos fatos) não pode ser arbitrária, senão com um fundamento compreensível, a partir das provas obtidas*⁷²⁰ - residindo neste ponto, especificamente, a relação entre prova e motivação. Há, portanto, umnexo entre o discurso justificativo e questões epistemológicas: ou seja, não basta o juiz *acreditar que tenha razões* (epistêmicas) para aceitar determinada hipótese fática, senão que *efetivamente tenha razões* (epistêmicas) para aceitar a proposição fática ou, em outras palavras, *que a hipótese fática esteja justificada*.⁷²¹

Essa relação epistemológica/justificativa é fundamental para distinguir aqueles fatos que o juiz considera como provados daqueles fatos que *efetivamente* estão comprovados no processo judicial. São dois fenômenos distintos e que podem ocorrer de forma conjunta, assim como também pode o julgador considerar que *p* está provado, embora não esteja, ou vice-versa.⁷²²

Desse modo, o brocardo popular de que “os fatos se explicam por si só” não tem lugar na motivação judicial. Ao contrário, os fatos devem ser levados a sério

⁷¹⁸ Semelhante referência é feita por GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los Hechos en el Derecho: bases argumentales de la prueba**. Op. cit. p. 175.

⁷¹⁹ Juan Igartua Salaverría já anotou: “La decisión podrá ser justa/injusta, legal/ilegal, etc., pero la racionalidad/arbitrariedad se sitúa en la órbita de la justificación” (SALAVERRÍA, Juan Igartua. *Discricionalidad y motivación (algunos aspectos teóricos-generales)*. In: **Revista Vasca de Administración Pública**, n. 64, sep./dic. 2002, p. 96).

⁷²⁰ A constatação é de BRINKMANN, Moritz. **Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht**. Op. cit. p. 82.

⁷²¹ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y Verdad en el Derecho**. Op. cit. p. 96.

⁷²² *Ibidem*, p. 97.

pelo juiz. Não basta, dessa maneira, a simples indicação da ocorrência ou não de determinada hipótese fática alegada por uma das partes; tampouco basta a indicação genérica das provas ou que determinado depoimento de uma testemunha confirma o que foi alegado por uma das partes. Na verdade, para cumprir sua função extraprocessual e endoprocessual e bem satisfazer seu caráter justificativo, a motivação deve envolver, nas palavras de Ennio Amodio, as “proposições probatórias” que surgem da assunção dos meios de prova.⁷²³

Sobretudo, se o núcleo do modelo probabilístico do juízo de fato aqui proposto está consubstanciado no *módulo da escolha entre as alternativas possíveis*, impõe-se que o julgador enuncie de maneira explícita as razões pelas quais considera racional que a hipótese fática “x” foi considerada verdadeira em detrimento da alternativa fática “y”, direcionando o discurso justificativo para as inferências probatórias que conferem grau de probabilidade suficiente para a escolha da hipótese “x”.⁷²⁴

Isso não quer dizer que somente pode haver a indicação das provas que convergem para a versão aceita pelo julgador que analisa os enunciados fáticos. Afinal, o juiz também deve voltar sua atenção no discurso justificativo para aquelas provas que não foram suficientes para confirmação do enunciado fático “y”, mediante a apresentação de razões que justifiquem a ausência de confirmação probatória a respeito.

Por aí começa a ser percebida a influência da probabilidade no discurso justificativo, o que confirma também a relação de complementariedade entre o contexto do descobrimento e o contexto justificativo.

É claro que se evidencia de maneira muito fácil a influência da probabilidade no contexto de descobrimento, isso em razão fundamentalmente da relação entre prova e verdade. Mas, se o contexto de justificação significa, conforme já foi visto, a

⁷²³ AMODIO, Ennio. Motivazione della sentenza penale. Op. cit. p. 208.

⁷²⁴ Semelhante posicionamento é adotado por Michele Taruffo, mas a partir de premissa diversa. Ele refere: “la decisione è giusta in quanto si fonda su un accertamento veritiero dei fatti della causa, certamente non basta ‘enunciare’ questi fatti per stabilire la verità della loro descrizione. Come pure si è già visto, un enunciato può essere accettato come vero a condizione che sia stato adeguatamente confermato dalle prove disponibili: in mancanza di questa conformer esso non è né vero né falso, ma allora non può costituire un valido fondamento della decisione finale. Dunque gli enunciati che narrano i fatti principali della causa debbono essere giustificati: devono cioè essere rese esplicite le ragioni per le quali è razionale ritenere che essi siano veri. In altri termini: debbono essere indicate le inferenze probatorie che attribuiscono gradi adeguati di conferma a questi enunciati” (TARUFFO, Michele. **La Semplice Verità**: il giudice e la costruzione dei fatti. Op. cit. p. 240).

maneira como se justifica tal descobrimento ou tal decisão, fica evidente que a probabilidade também tem seu papel na motivação da decisão judicial.

Por isso, a probabilidade faz com que a motivação se apresente como um *discurso probatório racional*.

Explica-se: o controle que se pretende exercer por meio da motivação não é propriamente sobre a validade e fundamentação da decisão em si, senão sobre a validade e fundamentação das *razões* que o juiz utiliza para que a mesma seja aceitável.⁷²⁵ E a racionalidade desse discurso se refere à possibilidade de fornecer uma “prestação de contas” dos elementos envolvidos no juízo.⁷²⁶ Dito de outro modo, “a motivação do juízo de fato consiste fundamentalmente em argumentar com a indicação de *critérios de inferência*, ou seja, das regras que autorizam passar do fato constatado (elemento de prova) à afirmação sobre a real ocorrência (ainda que em termos de probabilidade ou de probabilidade acima de uma dúvida razoável) da hipótese fática debatida no processo (resultado de prova)”.⁷²⁷

Mas, para haver essa “prestação de contas”, é necessária a *enunciação expressa das escolhas realizadas pelo juiz, mediante a comparação com a alternativa*. Ora, a própria ideia de probabilidade envolve, conforme foi visto na primeira parte deste trabalho, *alternativas*. Desse modo, não pode o julgador, sob pena de ofensa ao contraditório, somente enunciar as razões pelas quais entendeu que no processo tem vez a escolha relativa à hipótese fática “x”, silenciando acerca da hipótese fática “y”.

Sob certo aspecto, essa ideia se liga com o princípio da razão suficiente (*ratio sufficiens*), que significa que “o juiz é livre para escolher o convencimento que lhe é mais provável, mas deve fundamentá-lo de forma suficiente, dever que é respeitado na medida em que são observados na valoração-base os cânones metodológicos expressos pelo ordenamento jurídico, ou que dele podem ser obtidos”.⁷²⁸ Ao lado

⁷²⁵ A observação é de TARUFFO, Michele. **Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialletica**. Op. cit. p. 76.

⁷²⁶ PASTORE, Baldassare. **Guidizio, Prova, Ragion Pratica: un approccio ermeneutico**. Op. cit. p.260.

⁷²⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**. Op. cit. p. 134.

⁷²⁸ A conceituação é de BOVE, Mauro. **Il Sindacato della Corte di Cassazione: contenuto e limiti**. Op. cit. p. 220.

disso, diante da obrigação da motivação, somente será racional aquela escolha que o juiz poderá desenvolver suficiente motivação.⁷²⁹

De fato, de nada adianta a escolha da hipótese “Y”, se o julgador não puder desenvolver suficiente justificativa a respeito, à luz do ordenamento jurídico (justificação material), até mesmo porque, como consequência, não será possível demonstrar que essa justificação está baseada no ordenamento jurídico (justificação formal).

Em síntese: *a probabilidade conforma tanto o contexto do descobrimento como o contexto justificativo. No primeiro, de acordo com o que foi visto na primeira parte deste trabalho, a probabilidade coloca em evidência o módulo da escolha entre as alternativas possíveis, o que dá ensejo, ao fim e ao cabo, às diretrizes probatórias. No segundo, a probabilidade propicia um discurso probatório racional, na medida em que é necessária a justificação (levando-se em conta principalmente a função endoprocessual) tanto das alternativas escolhidas pelo julgador, como aquela que foi por ele rechaçada. A justificação, portanto, somente será completa se o julgador efetivamente justificar todas as opções que são determinantes para a adoção da decisão.*⁷³⁰

⁷²⁹ De acordo com Nicola Mannarino, “il nesso intimo che lega la motivazione al decisum è poi ben evidenziato dalla recorrente considerazione secondo cui il giudice, stante l’obbligo della motivazione, può operare razionalmente soltanto la scelta che è in grado do motivare” (MANNARINO, Nicola. **La Prova nel Processo**. Op. cit. p. 308).

⁷³⁰ ITURRALDE, Victoria. Justificación judicial: validez material y razones. In: **Analisi e diritto 2004**, a cura di P. comanducci e R. Guastini. Disponível em: <www. <http://www.giuri.unige.it>>. Acesso em 22 nov. 2014.

4 O CONTEÚDO DO DISCURSO PROBATÓRIO RACIONAL

Michele Taruffo, em clássica passagem constante em sua obra fundamental sobre a motivação da sentença civil, refere que o “conteúdo mínimo essencial” da motivação é relativo (a) à enunciação das escolhas feitas pelo julgador, devendo haver a individualização das normas e dos fatos aplicáveis e a consequente qualificação jurídica; (b) aos nexos de implicações e coerência entre os enunciados fáticos-legais e (c) à justificação desses mesmos enunciados de forma racional.⁷³¹

No que aqui nos interessa, a atenção deve ser voltada para a justificação racional dos enunciados fáticos (até mesmo porque é somente a partir disso que o julgador poderá individualizar a norma aplicável e demonstrar os “nexos de implicações e coerência entre os enunciados fáticos-legais).

A propósito disso, e conforme a lembrança de Antônio Magalhães Gomes Filho,⁷³² o Código de Processo Penal italiano é esclarecedor, além de conferir elementos que auxiliam na construção de um *discurso probatório racional*. O seu art. 192.1, por exemplo, refere que “o juiz valora a prova dando *conta na motivação* dos resultados obtidos e *dos critérios adotados*”. Ou seja, o “acertamento dos fatos deve ser extraído não somente a partir da explícita referência às provas que fundamentaram o próprio convencimento do juiz *mas também a partir da exposição dos critérios em função dos quais o juízo foi formulado*”.⁷³³

De fato, o discurso probatório racional não pode prescindir da enunciação expressa das *diretrizes probatórias* adotadas pelo juiz para chegar à decisão final. Mas isso não pode ser somente em relação à valoração da prova, conforme faz referência o art. 192.1 do Código de Processo Penal italiano, mas também em relação à admissibilidade da prova, ainda que a justificação a respeito não ocorra na sentença, senão em decisão interlocutória, que igualmente deve observar a obrigatoriedade de motivação, pois, como se sabe, *toda e qualquer decisão judicial deve ser motivada*.

Assim, no que se refere à *admissibilidade da prova*, a justificação, em primeiro lugar, deverá ter como objeto a *diretriz normativa*. Deverá o juiz, portanto, à

⁷³¹ TARUFFO, Michele. La Motivazione della Sentenza Civile. Op. cit. p. 467.

⁷³² GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**. Op. cit.. p. 122.

⁷³³ TONINI, Paolo. **A Prova no Processo Penal Italiano**. Op. cit. p. 105.

luz do ordenamento jurídico, se manifestar sobre a admissão ou não de determinada prova.

No que toca à ilicitude da prova, nada obstante o particular posicionamento adotado neste trabalho,⁷³⁴ deve o juiz igualmente referir se, na sua concepção, o art. 5º, LVI, da Constituição Federal, que, como se viu, trata da inadmissibilidade das provas ilícitas, é princípio ou regra. Em se tratando de princípio, e havendo colisão com outros, deverá realizar de forma expressa as devidas *ponderações*, justamente porque princípios são mandamentos de otimização, exigindo que algo seja realizado na maior medida possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas, na conhecida definição de Robert Alexy.⁷³⁵

Assim, se o art. 5º, LVI, da Constituição Federal, “também pede temperamentos”⁷³⁶, deverá ser ponderado o *princípio* da prova ilícita com outro com o qual colide, conforme já ocorreu no âmbito do Superior Tribunal de Justiça em caso envolvendo interceptação telefônica de forma ilícita, quando se ponderou, de um lado, o direito à intimidade e, de outro, o interesse público.⁷³⁷

Acaso para o julgador o texto do art. 5º, LVI, da Constituição Federal, for regra, basta verificar se a sua obtenção infringiu os limites previstos pelo direito e, caso positivo, aplicar a regra, ou, caso negativo, deixar de aplicá-la, mas sempre com a devida motivação.

Especificamente em relação às provas atípicas, e considerando que a controvérsia maior se restringe àquelas produzidas em outro juízo, deverá o juiz, igualmente, manifestar-se sobretudo a respeito da observação do contraditório na

⁷³⁴ Sobre isso, ver *supra*, item 4.1.1, primeira parte.

⁷³⁵ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Traduzido por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 37.

⁷³⁶ STJ, HC 3982/RJ, Rel. Min. Adhemar Maciel, Sexta Turma, julgado em 05/12/1995, publicado em 26/02/1996.

⁷³⁷ STJ, HC 160.662/RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, Sexta Turma, julgado em 18/02/2014, DJe 17/03/2014. Assim, consta no voto da relatora, na parte que aqui interessa: “É sabido que a intimidade e a privacidade das pessoas não constituem direitos absolutos, podendo sofrer restrições, quando presentes os requisitos exigidos pela Constituição (art. 5º, XII) e pela Lei 9.296/96: a existência de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal, a impossibilidade de produção da prova por outros meios disponíveis e constituir o fato investigado infração penal punida com pena de reclusão, nos termos do art. 2º, I a III, da Lei 9.296/96, havendo sempre que se constatar a proporcionalidade entre o direito à intimidade e o interesse público” E, em relação ao caso concreto, concluiu-se: restou demonstrado que, pelo modus operandi do suposto esquema criminoso, envolvendo negociações internacionais, a interceptação telefônica era o único meio de prova apto a esclarecer os fatos, especialmente o suposto ânimo associativo entre os investigados, em complementação à prova já colhida na investigação procedida pela Polícia Federal. Assim, diante desses elementos, a indispensabilidade da quebra do sigilo telemático tornou-se, igualmente, inquestionável”.

sua produção, seja no juízo em que a prova foi produzida, seja no juízo para o qual a prova será emprestada. Trata-se, como se viu, de componente imprescindível para a sua admissão, de modo que deve haver manifestação expressa por parte do juiz.

Mas o julgador igualmente deve fazer referência às *diretrizes epistemológicas de admissibilidade probatória*.

De fato, inicialmente deverá o juiz observar e esclarecer as questões controversas. Como se sabe, o art. 331, §2º, do CPC, preceitua: caso não for obtida a conciliação na audiência preliminar, “o juiz fixará os pontos controvertidos (...) e determinará as provas a serem produzidas”.

Trata-se de “organização prospectiva”, e que vai ao encontro da colaboração processual, na medida em que, com a delimitação da controvérsia, procura-se aquilatar o *thema probandum*, evitando-se decisão surpresa.⁷³⁸ Pretende-se, com isso, que a instrução da causa tenha “um endereço certo”, com a ciência das partes não somente acerca do ônus probatório, mas também das provas que deverão ser produzidas.⁷³⁹ O art. 357, II, do novo CPC, é ainda mais esclarecedor e vai ao encontro dessa ideia: “deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo”, “*delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória*”.

Passada essa fase, deverá o juiz, na admissibilidade da prova, *justificar a relevância da prova admitida*. De fato, se, conforme demonstra a *praxis*, o juiz determina a intimação das partes acerca do interesse na produção das provas, o que deve ser feito de maneira *justificada*, igual ônus deve recair ao juiz, na admissão ou inadmissão probatória, em razão do corte cooperativo do processo.

Diante das considerações anteriormente expostas a respeito da relevância da prova,⁷⁴⁰ entende-se que esta (a *relevância da prova*) será justificada mediante a demonstração da relação entre o fato que se pretende comprovar (fato controverso) e o meio probatório correspondente, que deve possuir potencial demonstração acerca da provável ocorrência, ou não, dos fatos afirmados pelas partes.

Contudo, Antônio Magalhães Gomes Filho, por exemplo, realiza diferenciação entre prova pertinente e prova relevante: a primeira seria aquela que “expressa uma

⁷³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil**: comentado artigo por artigo. Op. cit. p. 334.

⁷³⁹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. Op. cit. p. 133.

⁷⁴⁰ Vide *supram*, item 4.1.2 da primeira parte do trabalho.

relação direta entre o fato sobre o qual versa o meio ou fonte de prova e o fato objeto de prova no processo (*thema probandum*), enquanto que a segunda noção se aplica “à chamada prova indireta, revelando aptidão do meio ou fonte de prova para demonstrar um fato secundário, do qual possa ser inferido o fato principal que se quer demonstrar”.⁷⁴¹

Também Eduardo Cambi faz a diferenciação. Segundo o autor, um fato pertinente é aquele que “guarda alguma relação com aquilo que está sendo discutido no processo (*res in iudicium deducta*), não sendo estranho à causa”; enquanto um fato pertinente “é juridicamente relevante quando correspondente ao fato abstrato previsto pela norma aplicável ao caso concreto, como condição para a verificação das consequências jurídicas previstas por essa norma”, de modo que “os fatos que não digam respeito à regra jurídica aplicável ao caso concreto são irrelevantes”. Por fim, complementa: “uma prova pode ser pertinente aos fatos da causa e não ser relevante para a decisão. Por exemplo, a inspeção judicial pode mostrar-se desnecessária depois da realização da prova pericial (art. 442, inc. I, CPC) ou uma prova pericial pode ser supérflua após a juntada de laudos técnicos que esclareçam suficientemente a questão de fato dependente de conhecimentos especializados (arts. 420, inc. I, e 427 do CPC)”.⁷⁴²

A diferenciação também aparece no *common law*, mas sob viés distinto: Mason Ladd, que é citado por Antônio Magalhães Gomes Filho em nota de rodapé, faz referência ao *materiality*, que “envolve a conexão entre a prova oferecida e os fatos controversos”, enquanto que a relevância diz respeito à “qualidade probatória” da evidência.⁷⁴³

Contudo, exigir do juiz justificação acerca da pertinência e relevância da prova seria algo redundante.

Afinal, partindo-se da constatação de que algo “pertinente” é aquilo que é “apropriado” e que “relevante” é algo que “importa”, não se pode conceber alguma coisa que seja “pertinente”, mas “irrelevante” ou, de outro lado, “relevante” mas “não pertinente”, seja em relação à prova direta, seja em relação à prova indireta.

⁷⁴¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**. Op. cit. p. 125.

⁷⁴² CAMBI, Eduardo. **A Prova Civil: admissibilidade e relevância**. Op. cit. p. 264-265.

⁷⁴³ LADD, Mason. Determination of relevancy. In: **Tulane Law Review**, v. 31, 1956, p. 84.

Tanto isso é verdade que Michele Taruffo disserta sobre a *relevância* das provas diretas e indiretas,⁷⁴⁴ enquanto Joan Picó I Junoy, ao tratar do mesmo tema, faz referência à *pertinência*.⁷⁴⁵

Tampouco classificação feita por Jason Ladd igualmente pode ser adotada, sobretudo porque o autor deixa claro que a qualidade da prova somente poderá ser aferida no processo de valoração. Ele refere: a “prova pode muito bem ter relação com alguns aspectos do caso conforme alegado e ainda assim ser irrelevante, porque por meio do processo de valoração descobre-se que possui qualidade probativa insuficiente”.⁷⁴⁶

Contudo, a relevância da prova diz respeito também somente à hipotetização do êxito final da prova. Condicionar a relevância da qualidade da prova ao processo de valoração, significaria confundir os planos da admissão e valoração, o que já foi expressamente rechaçado neste trabalho.

Em síntese: conforme foi referido por George F. James, em clássico ensaio sobre o assunto, a “relevância, como a própria palavra indica, (...) existe como relação entre um elemento de prova e a proposição que se pretende provar. Se o elemento de prova tende a provar ou refutar qualquer proposição, ela é relevante para aquela proposição”.⁷⁴⁷ É isso, portanto, que o juiz deverá justificar, decorrendo automaticamente disso a relação entre o objeto da prova e a descrição da norma jurídica que fundamenta a prestação jurisdicional pretendida pela parte.⁷⁴⁸ Trata-se, na verdade, de algo inerente à própria relevância da prova: se o elemento de prova possui relação com aquilo que está sendo discutido no processo, automaticamente possui vinculação com a hipótese fática prevista na norma.

Mas o discurso probatório racional não pode prescindir sobre a motivação da valoração da prova.

Contudo, aqui surge um problema: em razão da definição que se apresentou acerca da diretriz epistemológica de valoração probatória, ou seja, de que o julgador deve procurar a verdade independentemente de suas convicções pessoais a

⁷⁴⁴ TARUFFO, Michele. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Op. cit. p. 338-339.

⁷⁴⁵ PICÓ I JUNOY, Joan. **El Derecho a la Prueba em el Proceso Civil**. Op. cit. p. 45-48.

⁷⁴⁶ LADD, Mason. Determination of relevancy. Op. cit. p. 84.

⁷⁴⁷ JAMES, George F. Relevancy, probability and the law. In: **California Law Review**, v. 29, 1941, p.690.

⁷⁴⁸ Que também se trata de critério para se verificar a relevância da prova, conforme REICHELTL, Luis Alberto. **A Prova no Direito Processual Civil**. Op. cit. p. 310 e também conforme foi mencionado acima, por Eduardo Cambi.

respeito da maneira como os fatos efetivamente ocorreram, pode-se questionar a possibilidade de sua justificação. Em termos mais precisos: como, afinal, o julgador poderia justificar (e demonstrar) que seu espírito é livre na investigação dos fatos?

Nada obstante, a fim de se evitar o arbítrio, não pode haver dúvidas acerca da demonstração, pelo juiz, da utilização da diretriz epistemológica de valoração da prova.

É claro que não pode ser desconsiderado, em primeiro lugar, que o juiz não é imune a influências externas, o que inevitavelmente poderá influenciar a tomada de sua decisão⁷⁴⁹, ou mesmo de pré-conceitos.

Contudo, a diretriz epistemológica de valoração probatória vai ao encontro da imparcialidade subjetiva, que é aquela que *se refere à convicção pessoal do juiz em relação ao caso concreto* (e às partes).⁷⁵⁰ De outro lado, do ponto de vista epistemológico, *a imparcialidade não requer que o espírito do investigador (no caso, o juiz) tenha a mente absolutamente livre de qualquer crença, mas requer que não haja pré-concepções inflexíveis, de que se está disposto a analisar todas as provas, e de que poderá haver mudança em relação ao julgamento inicial (pré-conceito) se a prova assim demonstrar.*⁷⁵¹

Ora, carece de qualquer sentido, por exemplo, admitir o julgamento de causa que versa sobre responsabilidade civil por erro médico por juiz que, apesar de as provas evidenciarem que não há fundamento para a procedência do pedido, entende, *de maneira inflexível*, que o médico efetivamente deu causa ao evento danoso por imperícia.

Mas justamente para se evitar isso é que entra em cena a justificação da diretriz epistemológica de valoração probatória.

Com efeito, a motivação da decisão judicial deverá ser *coerente* com as provas produzidas nos autos – e aí, especificamente, acaba-se por justificar a diretriz probatória ora em análise. Trata-se de concepção básica, mas imprescindível: a conclusão do juiz deve ser convergente com as provas aportadas aos autos. E isso, reitera-se, será demonstrado (e verificado pelas partes) unicamente por meio da motivação da decisão judicial.

⁷⁴⁹ Conforme lembra PICÓ I JUNOY, Joan. **La Imparcialidad Judicial y sus Garantías: la abstención y la recusación**. Op. cit. p. 23.

⁷⁵⁰ Ibidem, p. 24.

⁷⁵¹ HAACK, Susan. **Defending Science – within reason: between scientism and cynicism**. Op. cit. p.170.

Mas isso somente terá efetividade se o juiz não se limitar a fazer referência às provas que confirmam a maneira como reconstruiu os fatos da causa, devendo também voltar sua atenção para as provas que, em tese, são contrárias à escolha realizada. Ou seja, se por um lado o juiz deve fazer referência às provas que confirmam a escolha da hipótese “Y”, igualmente deverá justificar por que as demais provas produzidas não infirmam a hipótese “Y”, que foi acolhida, ou não confirmam a hipótese “X”, que não foi escolhida.

Para ser objetivo: *a motivação da diretriz epistemológica de valoração da prova impõe: a) que a justificação da escolha seja feita de forma coerente com as provas produzidas e b) que haja referência tanto em relação às provas que confirmam a hipótese escolhida pelo julgador, como em relação às provas que contrariam a versão adotada pelo julgador.*

É bem verdade que essa última obrigatoriedade também é decorrente, conforme já se anotou,⁷⁵² da diretriz normativa de valoração probatória. Mas, ao se analisar a justificação da diretriz epistemológica de valoração probatória, percebe-se que, justamente para que o julgador demonstre que buscou a verdade independentemente de suas convicções pessoais, deve haver a análise de todas as provas, com a respectiva motivação a respeito.

Afinal, conforme foi anteriormente demonstrado, *é requisito epistemológico imprescindível da imparcialidade (e de uma genuína investigação) a análise de todas as provas.* De outro lado, não é compatível com essa concepção a análise (e respectiva motivação) somente daqueles elementos probatórios que corroboram a versão aceita pelo juiz. Ao contrário, isso é atitude compatível com a advocacia, que, em razão da natureza da atividade, exige que o defensor selecione e enfatize as provas que lhe favorecem.⁷⁵³

De qualquer modo, ao mesmo tempo, conforme acabou de ser analisado, isto também se relaciona com a *diretriz normativa de valoração da prova.* De fato, já foi referido, a valoração sobre todas as provas é decorrente do direito à prova. Ocorre que, por sua vez, *o direito à prova é garantido por meio de uma justificação expressa e completa sobre todas as provas produzidas.*⁷⁵⁴ É dizer, conforme José Carlos Barbosa Moreira, que “a análise da prova deve ser abrangente”, não bastando “que

⁷⁵² Vide *supra* item 4.2.2, primeira parte.

⁷⁵³ HAACK, Susan. **Defending Science – within reason:** between scientism and cynicism. Op. cit. p.339.

⁷⁵⁴ TARUFFO, Michele. **Il diritto alla prova nel processo civile.** Op. cit. p. 114.

o juiz analise as provas do fato constitutivo produzidas pelo autor”, sendo “também necessária a análise das provas produzidas pelo réu em apoio à alegação de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos”; caso contrário, “a motivação estará incompleta”.⁷⁵⁵

Ora, se o direito à prova equivale ao direito à valoração dos meios probatórios, o juiz tem a obrigação de fazer referência na motivação da decisão sobre provas que contrariam o seu convencimento; caso assim não fosse, o resultado é que inexistiria direito à prova. Afinal, “ao direito à introdução de provas corresponde não somente um direito a 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”.⁷⁵⁶ Significativa, aliás, é a redação do art. 546 “e” do Código de Processo Penal italiano, que estabelece como um dos requisitos da sentença a “enunciação das razões pelas quais o juiz considera como não aceitáveis as provas contrárias”.

É claro que essa valoração deverá ser confrontada com *todas as hipóteses fáticas alegadas pelas partes*. Significa dizer: na motivação da decisão judicial, o julgador, ao justificar a maneira como valorou *todas as provas*, deve *analiticamente* fazer referência a todas as proposições das partes, em respeito ao direito fundamental ao contraditório.

Com isso, impõe-se, ainda, a manifestação expressa à credibilidade das provas. Ora, se (i) o juiz deve se manifestar na motivação da decisão judicial sobre todas as provas, seja em respeito à diretriz epistemológica de valoração da prova, seja em respeito à diretriz normativa de valoração da prova, e se (ii) o juiz deve analiticamente confrontar as hipóteses fáticas com a valoração do respectivo meio de prova, é necessária a manifestação sobre a sua credibilidade.

Como consequência, a questão se encaminha para a *justificação das diretrizes lógicas de valoração probatória*.

Isso porque não há dúvidas de que são as máximas de experiência que auxiliam na valoração da credibilidade do meio de prova. Não obstante possuir

⁷⁵⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O que deve e o que não deve figurar na sentença**. Op. cit. p.120-121.

⁷⁵⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**. Op. cit. p. 130-131.

outras funções,⁷⁵⁷ no que aqui nos interessa é justamente a sua relação com as provas, especialmente no que se refere a sua atendibilidade.

A análise da credibilidade da prova é ponto fundamental e que justamente irá corroborar (conferir fundamentos) para a escolha de determinada hipótese fática pelo juiz. Deverá o juiz, portanto, na motivação da sentença, demonstrar porque determinada prova lhe pareceu mais apta para comprovar a hipótese “Y”, e porque determinado meio de prova não infirmou a hipótese “Y” e não confirmou a hipótese “X”. Assim, “em matéria de testemunho, o juiz tomará em consideração as qualidades pessoais da testemunha (idade, acuidade visual e auditiva), o modo de se expressar, a existência ou inexistência de contradições em relação ao que diz, etc.; e *indicará na motivação da sentença*, analiticamente, as impressões coletadas nessas diferentes perspectivas: o conjunto delas deve justificar o valor que o órgão judicial atribuirá ao testemunho”.⁷⁵⁸

Cumpra, portanto, a enunciação expressa das máximas de experiência utilizadas pelo juiz para tanto, mormente porque na motivação de fato, ela se apresenta como *elemento de justificação da solução escolhida pelo juiz na apuração dos fatos*.⁷⁵⁹

Sobretudo, se a máxima de experiência é “onipresente”,⁷⁶⁰ a sua referência se mostra necessária até mesmo para que se possa ter um controle sobre o seu emprego em relação à valoração da prova, bem como para se obter um parâmetro acerca da correção da valoração em si. Afinal, a adoção de regras valorativas *não confirmadas pela experiência comum ou científica* afetam o raciocínio e conferem menos racionalidade à decisão, a qual é aceitável na medida em que se fundamenta sobre proposições controláveis e sobre crenças compartilhadas no mundo físico e social.⁷⁶¹

⁷⁵⁷ Sobre isso, de um modo geral, ver TARUFFO, Michele. **La Motivazione della Sentenza Civile**. Op. cit. p. 519-520, bem com GROSS, Marco Eugênio. **A Categoria das Máximas de Experiência no Âmbito do Livre Convencimento do juiz e o seu Controle pelo Superior Tribunal de Justiça**. Op. cit. p. 52, quando, em síntese, apontou-se que as máximas de experiência operam, de um lado, como instrumento de natureza essencialmente cognitiva no âmbito do juízo de fato, consubstanciado na valoração da credibilidade da prova, como conexão entre o fato conhecido e o fato desconhecido, bem como no que se refere à escolha, entre as provas conflitantes, daquela que estabelece a averiguação histórica de um fato controverso; e, de outro, como elas operam como instrumento interpretativo para precisar o significado jurídico contido em uma norma.

⁷⁵⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Prueba y motivación de la sentencia. Op. cit. p. 111-112.

⁷⁵⁹ A conclusão é de TARUFFO, Michele. **La Motivazione della Sentenza Civile**. Op. cit. p. 521.

⁷⁶⁰ KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Op. cit. p. 68.

⁷⁶¹ MANNARINO, Nicola. **La Prova nel Processo**. Op. cit. p. 314.

Igualmente, impõe-se a justificação acerca da maneira como se valorou os fatos justamente para que se tenha um controle real e efetivo sobre a coerência da convicção formada pelo juiz a respeito da averiguação dos fatos. Significa dizer: é por meio da justificação apresentada que será possível averiguar se a valoração da prova, em si, é coerente. De fato, se o juiz, por exemplo, afirma que o depoimento de testemunha “A” é suficiente para demonstrar que o réu é culpado por ter abalroado o automóvel do autor, mas, ao mesmo tempo, afirmar que a testemunha “A” estava cerca de 100 metros do local do acidente, enquanto que a testemunha “B” estava mais perto do fato, resta evidenciado que não há coerência nesse raciocínio. Afinal, pela experiência comum ordinária, sabe-se que aquele que está mais perto de um acontecimento, tem melhores condições de verificar o que efetivamente aconteceu. Exemplo análogo, aliás, é formulado por Piero Calamandrei: “se na valoração de respostas contraditórias de diversas testemunhas de diversas idades, o juiz afirma que os idosos estão menos sujeitos do que os jovens ao enfraquecimento da memória, incorrerá com isto num daqueles erros contra a comum experiência, que a prática se esforça em qualificar sob a qualificação de ‘defeito de motivação’”.⁷⁶²

Aqui, contudo, deve ser feita uma ressalva: credibilidade da prova difere do peso da prova. É bem verdade, contudo, que no caso das provas diretas, o grau de sua credibilidade coincide com seu valor probatório e, como consequência, determina o grau de veracidade do enunciado sobre o fato principal.⁷⁶³ Neste caso, como é intuitivo, *a justificação a respeito, na motivação da decisão judicial, se dá a partir das referências empíricas da prova em si.*

De outro lado, a situação é mais complexa no que se refere à prova indiciária, pela razão de que o fato conhecido (indício) não possui relação direta com o fato principal.⁷⁶⁴ Neste caso, contudo, o valor probatório vai ser o resultado *da credibilidade do indício somada à máxima de experiência que se utiliza para se chegar à presunção, que é o fato desconhecido.* Diga-se mais: “a valoração do indício em si não pode ser realizada de modo abstrato, com a simples referência às

⁷⁶² CALAMANDREI, Piero. Massime di esperienza in Cassazione. Rigetto del ricorso a favore del recorrente. In: **Rivista di Diritto Processuale Civile**, v. IV, parte II, 1927, p. 128.

⁷⁶³ TARUFFO, Michele. **La Prueba**. Op. cit. p. 140.

⁷⁶⁴ Nas palavras de Michele Taruffo, em relação à prova indireta, “il grado di attendibilità della prova non equivale al grado di conferma di questa ipotesi, né vale l’inverso; il problema principale è anzi proprio quello fondamento dell’inferenza dal fatto provato al fatto definito nell’ipotesi che si tratta di confermare” (TARUFFO, Michele. **La Prova dei Fatto Giuridici**. Op. cit. p. 241).

conclusões logicamente compatíveis com os fatos conhecidos”; deve haver “uma valoração referente ao contexto do acontecimento, às diversas histórias alternativas que realmente emergem a partir da comparação das perspectivas concretas das partes envolvidas no processo.”⁷⁶⁵

A motivação, portanto, aqui é mais complexa⁷⁶⁶, porquanto deve haver, em primeiro lugar, a referência expressa sobre a credibilidade da prova indiciária, com a devida contextualização do indício dentre as alternativas possíveis. Em seguida, impõe-se a manifestação expressa sobre a máxima de experiência utilizada, pois somente desse modo é que se possibilitará às partes um efetivo controle sobre a correção da conclusão adotada em relação ao raciocínio empreendido entre o fato conhecido (indício) e a presunção (fato desconhecido).

Além disso tudo, por meio da motivação da decisão judicial, o julgador deverá demonstrar que as provas foram valoradas de tal modo que há univocidade a respeito da solução acerca da reconstrução dos fatos realizada durante o processo judicial. E isso, por sua vez, possui relação direta com a escolha da hipótese mais provável, à luz dos elementos de prova constante nos autos.

Como consequência, a atenção precisa, agora, ser voltada para a motivação acerca da *adoção da decisão* e consequente referência aos modelos de constatação respectivos.

A propósito, nunca é demais lembrar: deve haver a enunciação expressa, na motivação da decisão judicial, acerca do modelo de constatação utilizado para a adoção da decisão. E a razão é singela: somente assim é que se permitirá um efetivo controle sobre o método utilizado e eventual impugnação caso for utilizado um *standard* equivocado.

De outro lado, cabe uma advertência: qualquer tentativa de equivalência entre o *standard* probatório adotado e a exigência de motivação é equivocada. Mais especificamente, a “utilização de um *standard* de maior ou menor exigência nada diz, ou deveria dizer, a respeito da extensão da motivação. A vinculação é

⁷⁶⁵ RUSSO, Vincenzo; ABET, Antonio. **La Prova Indiziaria e il <giusto processo>**: l’art. 192 C.P.P. e la legge 63/2001. Op. cit. p. 170.

⁷⁶⁶ Tanto que Antônio Magalhães Gomes Filho assim se manifesta a respeito do assunto: “fica evidente a necessidade de um maior empenho argumentativo por parte do juiz ao sustentar, na motivação, a correção de todas as operações realizadas para chegar ao acertamento da hipótese de fato debatida no processo. Mas, em contrapartida, é com uma justificação completa e congruente que se poderá superar o mencionado déficit de persuasão que normalmente se atribui à prova indiciária” (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**. Op. cit. p. 139).

totalmente artificial”.⁷⁶⁷ De fato, conforme análise precedente,⁷⁶⁸ o modelo de constatação a ser utilizado depende dos valores correspondentes que poderão sofrer restrição, especialmente o direito posto em causa. Isso não significa, contudo, que a motivação deverá ser mais ou menos densa, de modo que “em nenhuma hipótese se pode confundir o conteúdo e extensão do dever de motivar com o parâmetro cognitivo a ser utilizado, simplesmente porque não há nenhum nexos necessário entre eles”.⁷⁶⁹

Voltando ao ponto objeto de análise, reitera-se que a justificação da diretriz lógica de valoração probatória se consubstancia na demonstração da univocidade a respeito da solução adotada diante das provas produzidas.

Isso, por sua vez, possui relação direta com a justificação acerca do modelo de constatação empregado.

Por exemplo, na *preponderância de provas*, a justificação envolve fundamentalmente a demonstração de que as provas convergem para a corroboração da hipótese “Y”, sendo, portanto, mais provável que ela tenha ocorrido em face do material probatório existente nos autos⁷⁷⁰ (e daí, conseqüentemente, a univocidade). Já na *prova acima da dúvida razoável*, deverá ser demonstrada a inexistência de qualquer dúvida acerca da culpabilidade do réu, enquanto que *prova clara e convincente*, deve-se, justamente, justificar a presença de prova cogente suscetível de gerar forte presunção acerca da ocorrência de determinada hipótese fática. Derradeiramente, na *prova incompatível com qualquer hipótese de inocência*, a justificação deve se centrar nos indícios, que devem ser robustos, para se confirmar a condenação do réu.

Não se nega que o que acima foi exposto, acerca da relação entre modelos de constatação e motivação da sentença, possa parecer básico. Contudo, isso demonstra, de outro lado, que a *motivação judicial deverá ser analítica*. Em outros termos, a motivação deve representar uma análise específica dos elementos de prova constantes nos autos. Em termos mais precisos: a motivação também envolve a análise expressa do conteúdo das provas. É evidente que somente dessa maneira

⁷⁶⁷ FLACH, Daisson. **Dever de motivação das decisões judiciais na jurisdição contemporânea**. Op. cit. p. 110.

⁷⁶⁸ Vide, *supra*, item 4.3, da primeira parte.

⁷⁶⁹ FLACH, Daisson. **Dever de motivação das decisões judiciais na jurisdição contemporânea**. Op. cit. p. 110.

⁷⁷⁰ TARUFFO, Michele. **La Prueba**. Op. cit. p. 137.

que o correspondente modelo de constatação adotado e exigido será suficientemente justificado.

Se, conforme corretamente já foi percebido, o juiz “tem de explicar por que não lhe pareceu convincente a prova produzida pelo autor”⁷⁷¹, parece não haver dúvidas de que a exigência da motivação somente restará completa se houver justificação analítica da prova.

⁷⁷¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O que deve e o que não deve figurar na sentença**. Op. cit. p.121.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo que se expôs até aqui, é possível verificar que a probabilidade conforma tanto o contexto de descobrimento como o contexto justificativo; como resultado disso, tanto o processo de decisão, como o justificativo, fica mais racional. Contudo, há outras conclusões:

1. A verdade, embora não seja o escopo único do processo, é condição necessária para a obtenção de uma decisão justa. O que há, assim, é uma verdade funcional, em que há verdadeira valorização do direito probatório e, conseqüentemente, da motivação da decisão judicial.

2. Deve-se abandonar a expressão *verdade material* ou *verdade judicial*, pois o que se deve perseguir no processo é somente a verdade, pura e simples, que, ademais, é funcional para a obtenção de uma decisão justa.

3. O paradigma a ser adotado é a teoria da verdade como correspondência; contudo, a teoria da verdade como coerência, em seu sentido fraco, deve ser levada em consideração no processo.

4. O contexto do descobrimento trabalha nos domínios do provável, havendo, no processo, um “modelo de juízo probabilístico de fato”.

5. São as seguintes características do “modelo de juízo probabilístico de fato”: (i) valora-se positivamente a verdade, pois, além de possuir relação direta com a segurança jurídica, ela é funcional para a obtenção de uma decisão justa; (ii) não se pode separar completamente o “fato” do “direito”; (iii) no conhecimento judicial dos fatos, o juiz adota concepção narrativística (em sentido fraco) e realista, sendo que o modelo probabilístico do juízo de fato se desenvolve por meio da probabilidade indutiva; (iv) o juízo elaborado é eminentemente cognitivista, mas também argumentativo; (v) a abordagem adotada pelo julgador será eminentemente atomística e holística; (vi) o juiz desenvolve atividade de averiguação e verificação; (vii) há a formulação de diversas alternativas com as respectivas identificações de fato e direito e o juiz realizará individualização de uma solução (escolha prática); (viii) o objeto de prova é objetivo e abstrato, enquanto que o tema de prova é objetivo e concreto.

6. A partir disso, o “modelo de juízo probabilístico de fato” pode ser conceituado como sendo *o processo de verificação e averiguação realizado pelo juiz*

acerca das hipóteses fáticas com base no material probatório disponível, o que implica a escolha das alternativas mediante critérios.

7. O núcleo do modelo probabilístico do juízo de fato é o módulo da escolha entre as alternativas possíveis.

8. Para ser realizado o processo de escolha, deve-se atentar para as diretrizes probatórias que têm vez na (i) admissibilidade probatória, (ii) valoração da prova e na (iii) adoção da decisão.

9. A *diretriz normativa de admissibilidade probatória* leva em consideração a autorização pelo sistema jurídico a utilização de determinada fonte de prova.

10. A *diretriz epistemológica de admissibilidade probatória* está diretamente ligada com a admissão de toda a prova que irá aportar informação relevante sobre os fatos objetos de análise judicial.

11. A *diretriz epistemológica de valoração probatória* indica ao julgador que ele deve procurar a verdade, independentemente de suas convicções pessoais a respeito da maneira como os fatos efetivamente ocorreram.

12. As *diretrizes normativas de valoração probatória* indicam que: (i) o julgador deverá se basear unicamente nos elementos de prova existente nos autos, com exceção dos fatos notórios, em respeito ao direito à prova, de modo que a valoração da prova deve ser realizada sobre todas as provas apresentadas pelas partes; (ii) o julgador deverá levar em consideração *todas as possibilidades dignas de efetivo acontecimento*. Ou seja, todas as hipóteses possíveis devem ser necessariamente sopesadas pelo juiz, o que vai ao encontro do direito fundamento ao contraditório.

13. As *diretrizes lógicas de valoração probatória* indicam que: (i) a valoração da prova não pode dissociar do contexto social em que inserida a atividade judicial, de modo que sobressaem as máximas de experiência; (ii) a valoração da prova deve se fundamentar em um raciocínio internamente coerente.

14. Na adoção da decisão, as diretrizes probatórias se confundem com os modelos de constatação, que são: (i) “preponderância de prova”, no sentido de que o julgador, para a adoção da decisão no juízo cível, deve levar em conta a prova que possui maior peso ou força de persuasão; (ii) “prova acima da dúvida razoável”, aplicável no juízo penal, e que ultrapassa a “alta probabilidade”, concretizando-se, de um modo geral, quando se alcança a superação da dúvida; (iii) “prova clara e

convincente”, aplicada no juízo cível, em casos especiais e mais graves, em que é necessária a alta probabilidade; (iv) “prova incompatível com qualquer hipótese de inocência”, aplicada no juízo criminal, cuja valoração se dá unicamente com base em indícios.

15. A motivação das decisões judiciais encontra fundamento no Estado Constitucional.

16. A fundamentação das decisões judiciais é meio para a consecução da cognoscibilidade, que é um dos ideais a serem atingidos pela segurança jurídica.

17. No Estado de Direito, a justificação possui dois aspectos: o material e o formal. A intervenção é materialmente justificada quando há fundamento jurídico e, de outro lado, ela é formalmente justificada quando se demonstra o fundamento. Isso significa, no plano processual, que a motivação deve ser fundamentada no direito e, de outro lado, que deve haver a demonstração que houve embasamento no direito.

18. Como decorrência da dignidade da pessoa humana, do contraditório e da colaboração processual, a motivação deve ser produto daquilo que foi paulatinamente construído durante o *iter* processual.

19. Ainda em respeito à dignidade da pessoa, o que faz com que o Estado sirva ao indivíduo e não o indivíduo ao Estado, o foco central da motivação devem ser as partes, de modo que o discurso justificativo empregado na motivação da decisão judicial seja voltado à sua cognoscibilidade.

20. Classicamente, há duas funções da motivação da decisão judicial: uma extraprocessual e outra endoprocessual.

21. A função extraprocessual é referente à controlabilidade democrática sobre a administração da justiça, e que se liga, como é fácil perceber, com o princípio da publicidade e com a participação do povo na administração da justiça; como resultado, a função extraprocessual se liga com a justificação material e vai ao encontro da segurança jurídica, mormente porque possibilita uma maior confiabilidade (que também é um dos ideais a serem atingidos pela segurança jurídica) do cidadão na maneira como é realizada a administração da justiça.

22. A função endoprocessual consiste em fazer com que as partes saibam com clareza o significado da decisão, especialmente na eventualidade de impugnação, e em permitir ao juízo *ad quem* a valoração adequada dos

fundamentos da decisão impugnada. Contemporaneamente, à luz do Estado Constitucional, a função endoprocessual da motivação da decisão judicial representa propriamente a justificação, perante o indivíduo, das ações jurisdicionais do Estado.

23. A análise argumentativa da sentença deve partir eminentemente do contexto dialogal, de modo que na motivação deverá constar manifestação sobre todos os pontos decisivos para a resolução da controvérsia, o que também acarreta na ideia de que a motivação se apresenta como ato de comunicação com as partes.

24. Além disso, a justificação se apresenta como essência da motivação, pois é também um discurso justificativo constituído por argumentos racionais. Como corolário, a justificação significa a demonstração (ou pelo menos a sua tentativa) da correção da decisão adotada pelo juiz.

25. Há dois tipos de justificação: a interna e a externa. A primeira diz respeito à conexão lógica entre as premissas de direito e de fato, ou seja, a operação realizada em função do nexo de correspondência entre a *fattispecie* concreta averiguada e a *fattispecie* legal que é individuada por meio da interpretação da norma que se aplica para decidir a controvérsia; a segunda diz respeito às razões pelas quais o juiz reconstruiu e averiguou de determinada maneira os fatos da causa, as quais são relativas às provas que o juiz se baseou para decidir acerca da veracidade ou falsidade do fato.

26. O dever de fundamentação envolve a obrigatoriedade de a decisão ser racionalmente justificável; assim, deriva-se a partir do dever de fundamentação, que se estende para a averiguação dos fatos, que esta (a averiguação dos fatos) não pode ser arbitrária, senão com um fundamento compreensível, a partir das provas obtidas - e daí, especificamente, a relação entre prova e motivação.

27. Desse modo, o julgador deve enunciar de maneira explícita as razões pelas quais considera racional que a hipótese fática “x” foi considerada verdadeira em detrimento da alternativa fática “y”, direcionando o discurso justificativo para as inferências probatórias que conferem grau de probabilidade suficiente para a escolha da hipótese “x”.

28. Mas o juiz também deve voltar sua atenção no discurso justificativo para aquelas provas que não foram suficientes para a confirmação do enunciado fático “y”, mediante a apresentação de razões que justifiquem a ausência de confirmação probatória a respeito.

29. A probabilidade faz com que a motivação se apresente como um discurso probatório racional, especialmente porque deve haver a *enunciação expressa das escolhas realizadas pelo juiz, mediante a comparação com a outra alternativa*. Afinal, a própria ideia de probabilidade envolve *alternativas*. Desse modo, não pode o julgador, sob pena de ofensa ao contraditório, somente enunciar as razões pelas quais entendeu que no processo tem vez a escolha relativa à hipótese fática “x”, silenciando acerca da hipótese fática “y”.

30. Para a motivação ser um discurso probatório racional, deve haver enunciação expressa das *diretrizes probatórias* adotadas pelo juiz para chegar à decisão final.

31. Em relação à diretriz normativa de admissibilidade da prova, deve o juiz referir se, na sua concepção, o art. 5º, LVI, da Constituição Federal, que trata da inadmissibilidade das provas ilícitas, é princípio ou regra. Em se tratando de princípio e havendo colisão com outros, deverá realizar de forma expressa as devidas *ponderações*, justamente porque princípios são mandamentos de otimização, exigindo que algo seja realizado na maior medida possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas. Caso for considerada regra, basta verificar se a sua obtenção infringiu os limites previstos pelo direito e, caso positivo, aplicar a regra ou, caso negativo, deixar de aplicá-la, mas sempre com a devida motivação. Referentemente às provas atípicas, deverá o julgador se manifestar a respeito da observação do contraditório na sua produção, seja no juízo em que a prova foi produzida, seja no juízo para o qual a prova será emprestada.

32. Em relação às diretrizes epistemológicas de admissibilidade probatória, o juiz deverá observar e esclarecer as questões controversas. Além disso, deverá justificar a relevância da prova admitida, o que ocorrerá mediante a demonstração da relação entre o fato que se pretende comprovar (fato controverso) e o meio probatório correspondente, que deve possuir potencial demonstração acerca da provável ocorrência, ou não, dos fatos afirmados pelas partes.

33. A motivação da diretriz epistemológica de valoração da prova impõe: a) que a justificação da escolha seja feita de forma coerente com as provas produzidas e b) que haja referência tanto em relação às provas que conformam a hipótese escolhida pelo julgador, como em relação às provas que contrariam a versão adotada pelo julgador.

34. A referência à totalidade das provas também é decorrente da diretriz normativa de valoração da prova. Afinal, o direito à prova é garantido por meio de uma justificação expressa e completa sobre todas as provas produzidas.

35. Diante das diretrizes lógicas de valoração da prova, e porque diretamente relacionadas com a credibilidade do meio de prova empregado, deve haver a enunciação expressa das máximas de experiência utilizadas pelo juiz para tanto, mormente porque na motivação de fato ela se apresenta como elemento de justificação da solução escolhida pelo juiz na apuração dos fatos. Ainda, o julgador deverá demonstrar que as provas foram valoradas de tal modo que há univocidade a respeito da solução acerca da reconstrução dos fatos realizada durante o processo judicial.

36. No que se refere à adoção da decisão em si, deve haver a enunciação expressa, na motivação da decisão judicial, acerca do modelo de constatação utilizado, pois somente assim é que se permitirá um efetivo controle sobre o método utilizado e eventual impugnação caso for utilizado um *standard* equivocado.

37. Na preponderância de provas, a justificação envolve fundamentalmente a demonstração de que as provas convergem para a corroboração da hipótese “Y”, sendo, portanto, mais provável que ela tenha ocorrido em face do material probatório existente nos autos.

38. Na prova acima da dúvida razoável, deverá ser demonstrada a inexistência de qualquer dúvida acerca da culpabilidade do réu, enquanto que prova clara e convincente, deve-se justificar a presença de prova cogente suscetível de gerar forte presunção acerca da ocorrência de determinada hipótese fática.

39. Na prova incompatível com qualquer hipótese de inocência, a justificação deve se centrar nos indícios, que devem ser robustos, para se confirmar a condenação do réu.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **Essays on the Doctrinal Study of Law**. Dordrecht - Heidelberg - London - New York: Springer, 2011.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. A Democracia Semidireta da Constituição de 1988. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Direito Constitucional: Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. II.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Traduzido por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Traduzido por Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

_____; PECZENIK, Aleksander. The concept of coherence and its significance for discourse rationality. In: **Ratio Juris**, v. 03, n. 1, pp. 130-147, mar. 1990.

ALISTE SANTOS, Tomás-Javier. **La Motivación de las Resoluciones Judiciales**. Madrid: Marcial Pons, 2011.

ALLEN, Ronald J. The nature of juridical proof. In: **Cardozo Law Review**, v. 13, pp. 373-422, 1991-1992.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. A garantia do contraditório. In: **Do Formalismo no Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil**. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. In: **Genesis: Revista de Direito Processual Civil**, n. 27, pp. 22-51, jan./mar. 2003.

_____. Problemas atuais da livre apreciação da prova. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Coord.). **Prova civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Sentença Arbitrária. In: **Revista de Processo**, v. 204, pp. 33-50, fev. 2012.

_____. **Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

AMARAL SANTOS, Moacyr. **Prova judiciária no cível e no comercial**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1968, v. 5.

AMODIO, Ennio. Motivazione della sentenza penale. In: **Enciclopedia del Diritto**, Milano: Giuffrè, v. XXVII, p. 181-257, 1977.

ANSCOMBE, G. E. N. On brute facts. In: TWINING, William; STEIN, Alex (eds). **Evidence and Proof**. Aldershot: Dartmouth, 1992.

AROCA, Juan Montero. **La Prueba en el Proceso Civil**. 5. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2007.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica – Perelman, Toulmin, McCormick, Alexy e outros. Traduzido por Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2.ed. São Paulo: Landy, 2002.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança Jurídica**: entre a permanência, mudança e a realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Sistema constitucional tributário**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. In: **Temas de Direito Processual (Segunda Série)**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. O que deve e o que não deve figurar na sentença. In: **Temas de Direito Processual (Oitava Série)**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. In: **Revista de Processo**, ano 11, n. 41, pp. 07-14, jan./mar. 1986.

_____. Processo civil e processo penal: mão e contramão? In: **Revista de Processo**, ano 24, n. 94, abr./jun. 1999.

_____. Provas atípicas. In: **Revista de Processo**, n. 76, pp. 114-126, out./dez. 1994.

_____. Prueba y motivación de la sentencia. In: **Temas de Direito Processual Civil (oitava série)**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Reformas processuais e poderes do juiz. In: **Temas de Direito Processual (Oitava Série)**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Standards probatórios. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.). **Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARROS, Marco Antônio de. **A Busca da Verdade no Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BENITO FRAILE, Emilio Javier de. Notas para el estudio de la sentencia em el proceso civil ordinario desde la recepcion del derecho comum hasta la ley de enjuiciamiento civil de 1881. In: **Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo**, n. 1, pp. 135-159, 1988.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BOVE, Mauro. **Il sindacato della Corte di Cassazione: contenuto e limiti**. Milano: Giuffrè, 1993.

BRINKMANN, Moritz. **Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht**. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2005.

BRÜGGEMANN, Jürgen. **Die richterliche Begründungspflicht**. Berlin: Duncker & Humblot, 1971.

BURRUS, Bernie R. American Legal Realism. In: **Howard Law Journal**, v. 08, pp. 36-51, 1962.

CABRAL, Antônio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. In: **Rivista di Diritto Processuale**, n. 2, anno LX, pp. 449-464, apr./giug. 2005.

CABRAL, Gustavo César Machado. Do *ordo* à *cognitio*: mudanças políticas e estruturais na função legislativa jurisdicional em Roma. In: **Revista de Informação Legislativa**, ano 49, n. 194, pp. 227-239, abr./jun. 2012.

CAHN, Edmon. Jerome Frank's Fact-Skepticism and our Future. In: TWINING, William; STEIN, Alex (eds). **Evidence and Proof**. Aldershot: Dartmouth, 1992.

CALAMANDREI, Piero. Il concetto di <lite> bel pensiero di Francesco Carnelutti. In: **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano, 1965. v. 1.

_____. Il giudice e lo storico. In: **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano, 1965. v. 1.

_____. La genesi logica della sentenza civile. In: **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano, 1965. v. 1.

_____. Massime di esperienza in Cassazione. Rigetto del ricorso a favore del recorrente. In: **Rivista di Diritto Processuale Civile**, v. IV, parte II, pp. 126-134, 1927.

_____. Verità e verosimiglianza nel processo civile. In: **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano, 1972, v. 5.

CALLEN, Craig R. Notes on a Grand Illusion: some limits on the use of bayesian theory in evidence law. In: **Indiana Law Review**, v. 57, n. 1, pp. 01-44, 1982.

CALOGERO, Guido. **La logica del giudice e il suo controllo in cassazione**. Padova: CEDAM, 1937.

CAMBI, Eduardo. **A Prova Civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Provas Atípicas. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Verdade processual objetivável e limites da razão iluminística. In: **Revista de Processo**, v. 96, out. 1999.

CAMPITELLI, Adriana. Processo Civile (dir. interm.). In: **Enciclopedia del Diritto**, Milano: Giuffrè, v. XXXVI, pp. 79-100, 1987.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CANZIO, Giovanni. **La Valutazione della prova scientifica fra verità processuale e ragionevole dubbio**. Disponibile em: <<http://www.archiviopenale.it>>. Acesso em 29 maio 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. **La Testimonianza della Parte nel sistema dell'Oralità**. Milano: Giuffrè, 1962, v. I.

CARNELUTTI, Francesco. **La Prova Civile**, 2.ed. Roma: Dell'ateneo, 1947.

_____. Limiti del rilievo dell'error in iudicando in Corte di Cassazione. In: **Studi di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, 1939.

CARRATTA, Antonio. Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio). In: **Rivista di Diritto Processuale**, anno LVI, n. 1, pp. 73-103, gen./mar. 2001.

_____. Prova e convincimento del giudice nel processo civile. In: **Rivista di Diritto Processuale**, anno LVIII, n. 1, gen./mar. 2003.

CATALANO, Elena Maria. Prova indiziaria, probabilistic evidence e modelli matematici di valutazione. In: **Rivista di Diritto Processuale**, v. 51, n. 2, pp. 514-536, 1996.

_____. Critica della teoria delle prove atipiche. In: **Rivista di Diritto Processuale**, v. 33, 1978.

CAVALLONE, Bruno. Crisi delle <maximen> e disciplina dell'istruzione probatoria. In: **Rivista di Diritto Processuale**, v. XXXI, pp. 678-707, 1976.

_____. In difesa della *veriphobia* (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo). In: **Rivista di Diritto Processuale**, anno LXV, n. 1, pp. 01-26, genn./febb. 2010.

CHASE, Oscar G. A "excepcionalidade" americana e o direito processual comparado. In: **Revista de Processo**, ano 28, n. 110, pp. 115-140, abr./jun. 2003.

CHIASSONI, Pierluigi. **Tecnica dell'interpretazione Giuridica**. Bologna: Il Mulino, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. Romanesimo e Germanesimo nel Processo Civile. In: **Saggi di Diritto Processuale Civile**. Milano: Giuffrè, 1993, v. I.

_____. Sulla influenza delle idee romane nella formazione dei processi civili moderni. In: **Saggi di Diritto Processuale Civile**. Milano: Giuffrè, 1993, v. III.

CHOW, Daniel C.K. Trashing nihilism. In: **Tulane Law Review**, v. 65, n. 02, pp. 221-298, dec. 1990.

COHEN, L. Jonathan. Freedom of Proof. In: TWINING, William; STEIN, Alex (eds). **Evidence and Proof**. Aldershot: Dartmouth, 1992.

_____. The coherence theory of truth. In: **Philosophical Studien**, v. 34, pp. 351-360, 1978.

_____. **The Probable and the Provable**. Oxford: Clarendon Press, 1977.

COLESANTI, Vittorio. Principio del contraddittorio e procedimenti speciali. In: **Rivista di Diritto Processuale**, n. 4, pp. 577-619, 1975.

CRUZ e TUCCI, José Rogério. **A Motivação da Sentença no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Lusitano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DALL'ALBA, Felipe Camilo. A ampla defesa como proteção dos poderes das partes: proibição de inadmissão da prova por já estar convencido o juiz. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.). **Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DAMAŠKA, Mirjan. **Evidence Law Adrift**. New Haven: Yale University, 1997.

_____. Presentation of evidence and factfinding precision. In: **University of Pennsylvania Law Review**, v. 123, pp. 1083-1106, 1974-1975.

_____. **The Faces of Justice and State Authority**. New Haven: Yale University Press, 1986.

_____. Truth in Adjudication. In: **Hasting Law jornal**, v. 49, pp. 289-308, 1997-1998.

DENTI, Vittorio. Diritto comparato e scienza del processo. In: **Rivista di Diritto Processuale**, v. 34, pp. 334-364, 1979.

_____. Scientificità della prova e libera valutazione del giudice. In: **Rivista di Diritto Processuale**, n. 27, 1972.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 1974.

DIDIER JR., Fredie. **Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: **Revista de Processo**, ano 36, n. 198, ago. 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, V. III.

_____; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos Araújo. **Teoria Geral do Processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DÖHRING, Erich. **La Prueba: su practica y apreciación**. Traduzido por Tomás A. Banzhah. Buenos Aires: Ejea, 1972.

ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria general de la prueba judicial**. 3. ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía, 1974, Tomo I.

EKELÖF, Per Olof. Free Evaluation of Evidence. EKELÖF, Per Olof. Free Evaluation of Evidence. In: TWINING, William; STEIN, Alex (eds). **Evidence and Proof**. Aldershot: Dartmouth, 1992.

_____. Le mie riflessioni sul valore probatorio. In: GÄRDENFORS, Peter; HANSSON, Bengt; SAHLIN, Nils-Eric. **La Teoria del Valore Probatorio: aspetti filosofici, giuridici, e psicologici**. Milano: Giuffrè, 1997.

EVANGELISTA, Stefano. Motivazione della sentenza civile. In: **Enciclopedia del Diritto**.

FERNÁNDEZ, Sergi Guasch. **El hecho y el derecho em la casación civil**. Barcelona: José María Bosch, 1998.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **La Valoración Racional de la Prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____. **Prueba y Verdad en el Derecho**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2002.

FINKELSTEIN, Michael O.; FAIRLEY, William B. A Bayesian Approach to Identification Evidence. In: **Harvard Law Review**, v. 83, n. 3, pp. 489-517, jan. 1970.

FLACH, Daisson. **A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Dever de motivação das decisões judiciais na jurisdição contemporânea**. 2012. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2012, 172 p.

FRANK, Jerome. **Courts on Trial: myth and reality in American Justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973.

_____. Say it with music. In: **Harvard Law Review**, v. 61, pp. 921-957, jun. 1948.

FURNO, Carlo. **Contributo alla Teoria della Prova Legale**. Padova: CEDAM, 1940.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

GARBOLINO; Paolo. Introduzione. In: GÄRDENFORS, Peter; HANSSON, Bengt; SAHLIN, Nils-Eric. **La Teoria del Valore Probatorio: aspetti filosofici, giuridici, e psicologici**. Milano: Giuffrè, 1997.

GÄRDENFORS, Peter. Ragionamento probabilistico e valore probatorio. In: _____; HANSSON, Bengt; SAHLIN, Nils-Eric. **La Teoria del Valore Probatorio: aspetti filosofici, giuridici, e psicologici**. Milano: Giuffrè, 1997.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos em el derecho: bases argumentales de la prueba**. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.

GIULIANI, Alessandro. Dialogo e interpretazione nell'esperienza giuridica. In: **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, ano 07, abr./jun. 1983.

_____. **Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica**. Milano: Giuffrè, 1971.

_____. *L'ordo judicarius* medioevale (riflessioni su um modelo puro di ordine isonômico). In: **Rivista di Diritto Processuale**, anno XLIII, n. 3, pp. 598-614, lug./sett. 1988.

_____. Prova (Filosofia Del Diritto). In: **Enciclopedia del Diritto**. Milano: Giuffrè, 1965, v. XXXVII.

GOLDMAN, Alvin I. **Epistemology and Cognition**. London: Harvard University Press, 1986.

_____. **Knowledge in a Social World**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 18, n. 85, pp. 393-410, jul./ago. 2010.

_____. **A Motivação das Decisões Penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. In: **Rivista di diritto Processuale**, anno XXI, n. 4, pp. 580-609, ott./dic. 1966.

GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Traduzido por Ronaldo Kochem. In: **Revista de Processo**, ano 37, v. 206, pp. 123-134, abr. 2012.

GROSS, Marco Eugênio. **A Categoria das Máximas de Experiência no Âmbito do Livre Convencimento do Juiz e o seu Controle pelo Superior Tribunal de Justiça**. 2011. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 148 p.

_____. A colaboração processual como produto do estado constitucional e as suas relações com a segurança jurídica, a verdade e a motivação da sentença. In: **Revista de Processo**, ano 38, v. 226, pp. 115-145, 2013.

_____. Diálogo, participação e a influência do processo cooperativo no conteúdo da garantia do contraditório. In: **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito**, v. VI, n. 7-8, pp. 363-389, ano 2007.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e Argomentare**. Milano: Giuffrè, 2011.

HAACK, Susan. **Defending Science – within reason: between scientism and cynicism**. Amherst: Prometheus Books, 2007.

_____. Epistemology Legalized: or, truth, justice, and the american way. In: **Evidence and Inquiry: a pragmatist reconstruction of epistemology**. 2. ed. Amherst: Prometheus Books, 2009.

_____. **Manifesto of a Passionate Moderate: unfashionable essays**. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1998.

_____. Of Truth, in Science and in Law. In: **Brooklin Law Review**, v. 73, pp. 985-1008, 2008.

HALLDÉN, Sören. I meccanismi probatori. In: GÄRDENFORS, Peter; HANSSON, Bengt; SAHLIN, Nils-Eric. **La Teoria del Valore Probatorio**: aspetti filosofici, giuridici, e psicologici. Milano: Giuffrè, 1997.

HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais**. Porto Alegre: Fabris, 1995.

HENKE, Horst-Eberhard. **La cuestión de hecho**: el concepto indeterminado em el derecho civil y su casacionabilidad. Traduzido por Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1979.

HUTCHESON JR, Joseph C. The judgment intuitive: the function of the “hunch” in judicial decision. In: **South Texas Law Review**, v. 39, pp. 889-903, 1997-1998.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. In: **Doxa**, n. 12, pp. 257-299, 1992.

ITURRALDE, Victoria. Justificación judicial: validez material y razones. In: **Analisi e diritto 2004**, a cura di P. comanducci e R. Guastini. Disponível em: <www.giuri.unige.it>. Acesso em 22 nov. 2014.

JAMES, George F. Relevancy, probability and the law. In: **California Law Review**, v. 29, pp. 689-70, 1941.

KAPLAN, John. Decision theory and and the factfinding process. In: **Stanford Law Review**, v. 20, pp. 1065-1092, 1967-1968.

KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Traduzido por Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: fundação Calouste Gulbenkian, 1992.

KLAMI, Hannu Tapani; HATAKKA, Minna; SORVETULLA, Johanna. Burden of proof. Truth or law? In: **Scandinavian Studies in Law**, v. 34, 1990.

KNIJNIK, Danilo. A “doutrina dos frutos da árvore venenosa” e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16-12-93. In: **Revista da Ajuris**, n. 66, ano XXIII, pp. 61-84, mar. 1996

_____. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. 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.

_____. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Os *Standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. In: **Revista Forense**, ano 97, v. 353, p. 15-52, jan./fev. 2001.

LADD, Mason. Determination of relevancy. In: **Tulane Law Review**, v. 31, pp. 81-100, 1956.

LAI, Ho Hock. **A Philosophy of Evidence Law: justice in the search for truth**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Traduzido por José de Souza e Brito e José antônio Veloso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.

_____. **Metodologia da Ciência do Direito**. Traduzido por José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LAUMEN, Hans-Willi. **Das Rechtsgespräch im Zivilprozess**. Köln: Carl Heymanns, 1984.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Fondamento del principio dispositivo. In: **Problemi del Processo Civile**. Napoli: Morano, 1962.

LIRA, Gerson. A motivação na apreciação do direito. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Coord.). **Processo e Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. **Instituciones de Derecho Procesal Penale**. Mendoza: Ediciones Jurídicas de Cuyo, 2001.

MACCORMICK, Neil. Coherence in legal justification. In: PECZENIK, Aleksander **et al** (Org). **Theory of Legal Science: Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science**. Dordrecht – Boston – Landcaster: Reidel Publishing Co., 1983.

_____. **Rethoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, José. Líneas de influencia canónica en la historia del processo español. In: **Anuario de Historia del Derecho Español**, pp. 467-493, 1953.

MANNARINO, Nicola. **La prova nel processo**. Padova: CEDAM, 2007.

MARCHEIS, Chiara Besso. Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno XLV, n. 4, dic. 1991

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

_____; _____. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____.; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil**: comentado artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. MARINONI, Luiz Guilherme. Reexame de prova diante dos recursos especial e extraordinário. In: **Revista de Processo**, v. 130, ano 30, pp. 19-38, dez. 2005.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Da iniciativa probatória do juiz no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. O Juiz é o destinatário da prova: porta aberta para o arbítrio? In: MITIDIERO, Daniel; RIZZO AMARAL, Guilherme (Coord.). **Processo Civil**: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Atlas, 2012.

MCBAINE, J. P. Burden of proof: degrees of belief. In: **California Law Review**, v. 32, pp. 242-268, set. 1944.

MCCAULIFF, C. M. A. Burdens of proof: degrees of belief, quanta of evidence, or constitutional guarantees? In: **Vanderbilt Law Review**, v. 35, pp. 1293-1335, 1982.

MCCORD, David. Primer for the nonmathematically inclined on mathematical evidence in criminal case: *People v. Collins* and beyond. In: **Washington and Lee Law Review**, v. 47, pp. 741-817, 1990.

MENDES, João de Castro. **Do conceito de prova em processo civil**. Lisboa: Ática, 1961.

MEYER, Michel. **A Retórica**. Traduzido por Marly N. Peres. São Paulo: Ática, 2007.

MITIDIERO, Daniel. A lógica da prova no *ordo judicarius* medieval e no *processus* assimétrico moderno: uma aproximação. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.). **Prova Judiciária**: estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Colaboração no Processo Civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. In: **Revista de Processo**, ano 36, v. 194, pp. 55-68, abr. 2011.

_____. **Cortes Superiores e Cortes Supremas:** do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. In: _____; RIZZO AMARAL, Guilherme (Coord.). **Processo Civil:** estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. O processualismo e a formação do Código Buzaid. In: **Revista de Processo**, n. 183, pp. 165-194, maio 2010.

_____. **Processo Civil e Estado Constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MNOOKIN, Jennifer L. Atomism, holism, and the judicial assessment of evidence. In: **UCLA Law Review**, v. 60, 2013.

MORELLO, Augusto M. **La Prueba:** tendencias modernas. Buenos Aires: Libreria Editora Platense, 1991.

MORRIS, Clarence. Law and Fact. In: **Harvard Law Review**, n. 55, pp. 1303-1341, 1941.

MÜLLER, Christoph Markus. **Anscheinsbeweis im Strafprozeß.** Berlin: Duncker und Humblot, 1998.

MURILLO VILLAR, Alfonso. La motivación de la sentencia en el proceso civil romano. In: **Cuadernos de Historia del Derecho**, n. 2, pp. 11-46, 1995.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal.** 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NICHOLSON, Donald. Taking epistemology seriously: 'truth, reason and justice' revisited. In: **The International Journal of Evidence & Proof**, v. 17, pp. 01-46, 2013.

NOBILI, Massimo. **Il principio del libero convincimento del giudice.** Milano: Giuffrè, 1974.

NÖRR, Knut Wolfgang. **Zur Stellung des Richter im gelehrten Prozess der Frühzeit:** iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1967.

NOVOA, César García. **El principio de seguridad jurídica en materia tributaria.** Madrid: Marcial Pons, 2000.

NUVOLONE, Pietro. Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino. In: **Rivista di Diritto Processuale**, n. 21, pp. 442-475, 1966.

OBERTO, Giacomo. **La Motivazione delle Sentenza Civile in Europa**: spunti storici e comparatistici. Disponível em <<http://www.giacomooberto.com>>. Acesso em 22 nov. 2014.

PARDO, Michael S. Juridical proof, evidence, and pragmatic meaning: toward evidentiary holism. In: **Northwestern University Law Review**, v. 95, n. 1, 2000-2001.

PASTORE, Baldassare. **Giudizio, Prova, Ragion Pratica**: un approccio ermeneutico. Milano: Giuffrè, 1996.

PATTI, Salvatore. Libero convincimento e valutazione delle prove. In: **Rivista di diritto processuale**, ano XL, n. 3, jul./set. 1985, p 481-519.

PERELMAN, Chaïm. **Retóricas**. Traduzido por Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____.; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação**: a nova retórica. Traduzido por Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. In: **Rivista di Diritto Processuale**, anno LIII, n. 3, pp. 673-681, lug./set.1998.

_____. Processo civile (dir. moderno). In: **Enciclopedia del Diritto**, Milano: Giuffrè, v. XXXVI, pp. 101- 117, 1987.

PICÓ I JUNOY, Joan. **El derecho a la prueba en el proceso civil**. Barcelona: José María Bosch, 1996.

_____. **El Juez y la Prueba**. Baelona: José María Bosch, 2007.

_____. **La Imparcialidad Judicial y sus Garantias**: la abstención y la recusación. Barcelona: José María Bosch, 1998.

PINTAÚDE, Gabriel. Acerca da verifobia processual. In: MITIDIERO, Daniel; RIZZO AMARAL, Guilherme (Coord.). **Processo Civil**: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Atlas, 2012.

POZZA, Pedro Luiz. Sistema de apreciação da prova. In: KNIJNIK, Danilo (coord.). **Prova Judiciária**: estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PUGLIESE, Giovanni. **Instituzioni di Diritto Romano**. 3. ed. Torino: Giappichelli, 1991.

REARDON, George. Evidence: proof beyond a reasonable doubt in civil cases. In: **University of Florida Law Review**, v. XXVII, pp. 260-266, 1974-1975.

_____. Horner v. Flynn: a preponderance of clear and convincing evidence. In: **Maine Law Review**, v. 28, pp. 240-253, 1976.

REBOUL, Olivier. **Introdução à Retórica**. Traduzido por Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REICHEL, Luis Alberto. **A Prova no Direito Processual Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas Atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

RICCI, Gian Franco. Le prove illecite nel processo civile. In: **Rivista Trimestrale di diritto e Procedura Civile**, anno XLI, n. 01, mar. 1987

RIZZO AMARAL, Guilherme. Verdade, justiça e dignidade da legislação: breve ensaio sobre a efetividade do processo, inspirado no pensamento de John Rawls e Jeremy Waldron. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.). **Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ROCCO, Alfredo. **La Sentenza Civile**. Milano: Giuffrè, 1962.

RÖDIG, Jürgen. **Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz**. Berlin: Springer-Verlag, 1969.

_____. **Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens: die Grundlinien des zivil-, straf- und verwaltungs- gerichtlichen Prozesses**. Berlin-Heidelberg-NewYork: Springer-Verlag, 1973.

ROSENBERG, Irene Merker; ROSENBERG, Yale. L. "Perhaps what we say is based only on conjecture" – circumstantial evidence, then and now. In: **Houston Law Review**, v. 31, pp. 1371-1427, 1994-1995.

ROSITO, Francisco. A prova e os modelos de constatação na formação do juízo de fato. In: **Revista de Processo**, ano 33, n. 157, pp. 51-71, mar. 2008.

_____. **Direito Probatório: as máximas de experiência em juízo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ROSONI, Isabella. **Quae singula non prosunt collecta iuvant: la teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna**. Milano: Giuffrè, 1995.

RUSSO, Vincenzo; ABET, Antonio. **La prova indiziaria e il <giusto processo>**: l'art. 192 C.P.P. e la legge 63/2001. Napoli: Jovene, 2001.

SAHLIN, Nils-Eric. La gente ragiona secondo il modello del valore probatorio? Una nota. In: GÄRDENFORS, Peter; HANSSON, Bengt; SAHLIN, Nils-Eric. **La Teoria del Valore Probatório: aspetti filosofici, giuridici, e psicologici**. Milano: Giuffrè, 1997.

_____ ; RABINOWICZ, Wlodek. The evidentiary value model. In: GABBAY, Dov M.; SMETS, Philippe (eds). **Handbook of Defeasible Reasoning and Uncertainty Management Systems**, v. 1, 1998.

SALAVERRÍA, Juan Igartua. Discricionalidad y motivación (algunos aspectos teóricos-generales). In: **Revista Vasca de Administración Pública**, n. 64, pp. 92-117, sep./dic. 2002.

_____. La dimensión dialéctica (y sus consecuencias) en la motivación de las sentencias. In: **Revista Vasca de Administración Pública**, n. 50, pp; 181-212, ene./abr. 1998.

_____. La motivación de las sentencias. In: **Revista Vasca de Administración Pública**, n. 31, pp. 143-160, sep./dic. 1991.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____ ; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCAPINI, Nevio. **La Prova per Indizi nel Vigente Sistema del Processo Penale**. Milano: Giuffrè: 2001.

SCHLICK, Moritz. Sobre el fundamento del conocimiento. In: AYER, Alfred Julius. (org.). **El positivismo lógico**. Traduzido por L. Aldama, V. Frich, C. N. Molina, F. M. Torner e R. Ruiz. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1965.

SENTÍS MELENDO, Santiago. **La prueba**. Buenos Aires: Ejea, 1979.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos**. Tese de doutoramento. Porto Alegre, 2002.

STEIN, Friedrich. **El conocimiento privado del juez**. 2. ed. Traduzido por Andres de la Oliva Santos. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

TARSKI, Alfred. **La Concepción Semántica de la Verdad y los Fundamentos de la Semántica**. Disponível em: <<http://pt.scribd.com>>. Acesso em 16 abr. 2013.

TARUFFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazione. In: **Revista de Processo**, ano 32, n.151, set. 2007, p. 229-240.

_____. *Icebergs do common law e civil law?* Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. In: **Revista de Processo**, ano 35, n. 181, pp. 167-172, mar. 2010.

_____. Idee per una teoria della decisione giusta. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno LI, n. 2, pp. 315-328, giug. 1997, p. 320.

_____. Il diritto alla prova nel processo civile. In: **Rivista di diritto processuale**, n. 1, pp. 74-120, 1984.

_____. Il fatto e l'interpretazione. In: **Revista de Processo**, v. 227, pp. 31-45, jan. 2014.

_____. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. In: **Revista de Processo**, ano 32, n. 143, pp. 65-77, jan. 2007.

_____. TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. **Il Vertice Ambiguo**: saggi sulla c.assazione civile. Bologna: Il Mulino, 1991.

_____. Funzione della prova: la funzione dimostrativa. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno LI, n. 3, p. 553-573, set. 1997.

_____. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: Cedam, 1975.

_____. La motivazione della sentenza. In: **Revista Genesis de Direito Processual Civil**, n. 31, pp. 177-185, jan./mar. 2004.

_____. **La prova dei fatti giuridici**. Milano: Guiffrè, 1992.

_____. **La Prueba**. Traduzido por Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, 2008.

_____. **La Semplice Verità**: il giudice e la costruzione dei fatti. Roma: Laterza, 2009.

_____. La verità nel processo. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno LXVI, n. 4, pp. 1117-1135, dic. 2012.

_____. Modelli di prova e di procedimento probatorio. In **Rivista di Diritto Processuale**, anno XLV, n.2, apr./giug. 1990

_____. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. In: **Revista de Processo**, ano 28, n. 110, pp; 141/158, abr./jun. 2003, p. 144 e 150.

_____. Prove atípicas e convencimento del giudice. In: **Rivista di Diritto Processuale**, v. 28, parte II, 1973.

_____. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. In: **Revista da Escola Paulista de Magistratura**, v. 2, n. 2, pp. 171-203, jul./dez. 2001.

_____. **Studi sulla rilevanza della prova**. Padova: Cedam, 1970.

_____. Verità e probabilità nella prova dei fatti. In: **Revista de Processo**, ano 32, n. 154, pp. 207-222, dez. 2007.

_____. Verità e processo. In: **Revista de Processo**, v. 228, pp. 63-78, fev. 2014.

THAYER, James B. "Law and fact" in jury trials. In: **Harvard Law Review**, v. IV, n. 04, nov. 1890.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Juiz e Partes Dentro de um Processo Fundado no Princípio da Cooperação. In: **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 102, pp. 62-74, set. 2011.

TONINI, Paolo. **A Prova no Processo Penal Italiano**. Traduzido por Alexandra Martins e Daniela Mtóz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TRIBE, Lawrence H. Trial by Mathematics: precision and ritual in the legal process. In: **Harvard Law Review**, v. 84, n. 06, pp. 1329-1393, apr. 1971.

TROCKER, Nicolò. **Processo Civile e Costituzione**: problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974.

TWINING, William. Debating probabilities. In: _____; STEIN, Alex (eds). **Evidence and Proof**. Aldershot: Dartmouth, 1992.

_____. Evidence and Legal Theory. In: **The Modern Law Review**, n. 3, v. 47, pp. 261-283, maio 1984.

_____. Evidence as a multi-disciplinary subject. In: **Rethinking Evidence: exploratory essays**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

_____. Lawyers' stories. In: **Rethinking Evidence: exploratory essays**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

_____. Narrative and Generalizations in Argumentation about questions of fact. In: **Rethinking Evidence: exploratory essays**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

_____. Rethinking Evidence. In: **Rethinking Evidence: exploratory essays**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

_____. Some scepticism about some scepticism. In: **Rethinking Evidence: exploratory essays**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

_____. The rationalist tradition of evidence scholarship. In: **Rethinking Evidence: exploratory essays**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

UBERTIS, Giulio. **La logica del giudizio: il ragionamento inferenziale, i fatti notori e la scienza privatam le massime d'esperienza, il silogismo giudiziale**. Disponível em: <<http://www.csm.it>>. Acesso em 30 jul. 2009.

VERDUN-JONES, Simon N. The jurisprudence of Jerome N. Frank: a study in american legal realism. In: **Sidney Law Review**, pp. 180-210, 1973-1976.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Traduzido da 5ª edição alemã, revista e ampliada de Kelly Susane Aflen da Silva. Porto Alegre: Fabris, 2008.

WALTER, Gerhard. **La libre apreciación de la prueba (investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial)**. Traduzido por Tomás Banzhaf. Bogotá: Temis, 1985.

WASSERMANN, Rudolf. **Der Soziale Zivilprozess**. Neuwied und Darmstadt: Herman Luchterhand Verlag, 1978.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Traduzido por A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1976.

WIGMORE, John H. The problem of proof. In: TWINING, William; STEIN, Alex (eds). **Evidence and Proof**. Aldershot: Dartmouth, 1992.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Ideología de la aplicación judicial del derecho. In: **Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho**, pp.19-35 1992.

_____. Legal decision and its justification. In: **Logique et Analyse**, v. 14, n. 53-54, pp. 409-419, 1971.

_____. L'interprétation en droit: théorie et idéologie. In: **Archives de Philosophie du Droit**, n. 17, pp. 51-69, 1972.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. In: MITIDIERO, Daniel; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente**. Porto Alegre: Fabris, 2004.

_____. **Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZUCKERMAN, Adrian A. S. Law, fact or justice? In: TWINING, William; STEIN, Alex (eds). **Evidence and Proof**. Aldershot: Dartmouth, 1992.