Daniel Coutinho da Silveira

**PROVA, ARGUMENTO E DECISÃO:
Critérios de suficiência para orientação dos juízos de fato no
direito processual brasileiro**

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo como
requisito para obtenção do título de Mestre.
Orientador: Professor Doutor Carlos
Alberto de Salles.

**São Paulo
2011**

Daniel Coutinho da Silveira

**PROVA, ARGUMENTO E DECISÃO:
Critérios de suficiência para orientação dos juízos de fato no
direito processual brasileiro**

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo como
requisito para obtenção do título de Mestre.
Orientador: Professor Doutor Carlos
Alberto de Salles.

Área de Concentração: Direito Processual
Civil

Data de Aprovação:

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Carlos Alberto de Salles (Orientador)
USP

Para Reynaldo e Cláudia, meus nortes, meus alicerces, meus arrimos.
Que sonham os meus sonhos, e neles se realizam.
Provas irrefutáveis do amor incondicional.

Agradecimentos

O encerramento de mais essa etapa de minha formação acadêmica, conquistada com enorme esforço, se deve em grande medida ao apoio que encontrei em tantas pessoas com quem tive a honra e o prazer de conviver. Entre Belém e São Paulo não apenas foi possível me beneficiar de grandes oportunidades acadêmicas como também de viver uma grande experiência, da qual sempre reservarei as melhores lembranças e cultivarei valiosas amizades. Se nenhum homem é uma ilha isolada, como diz o poeta, minhas ligações com o continente foram muitas e fortíssimas apesar da distância natural que uma dissertação impõe ao convívio normal.

Agradeço aos meus pais, Reynaldo e Cláudia, e aos meus irmãos Filipe, Marcelo e Alexandre, família inspiradora do respeito, da partilha, da carreira jurídica e do amor. E à Victória, que chegou arrebatando nossos corações.

Aos inesquecíveis avós José, Izolina e Rubens, com muita saudade. E à Constantina, cuja vida é um testemunho de amor e dedicação à família. Agradeço ainda à Helena, Lelé, que não cansa de chamar meu nome.

Reservo agradecimento especial ao meu paciente orientador, professor Carlos Alberto de Salles, verdadeiro incentivador de novas perspectivas sobre o direito processual, que confiou em minha determinação e me abriu as portas da Faculdade para uma excelente experiência acadêmica. Não posso deixar mencionar ainda meus primeiros mestres Pedro Bentes Pinheiro Filho e Gisele dos Santos Fernandes Góes, responsáveis por meu interesse por essa matéria desde a graduação por tantas lições até hoje valiosas, nem tampouco o professor Gustavo Henrique Righi Ivahi Badaró, grande incentivador de minhas idéias sobre o estudo da prova.

Impossível deixar de mencionar a caríssima amiga Daniela Monteiro Gabbay, com quem dividi incontáveis bancos escolares e, hoje, vejo florescer na academia. A ajuda e a atenção que dispensou a mim foram imprescindíveis para que conseguisse chegar até aqui. Não há réguas para medir sua importância na realização de mais esse objetivo, idealizado desde os primeiros passos nos corredores do pavilhão JP do *campus* profissional da UFPA.

Aos meus amigos queridos Daniel, Elisa, Evandro, Fabrício e Leandro, irmãos que a vida trouxe e que, para minha felicidade, nunca mais levou; elementos permanentes num mundo transitório.

Dentre as inúmeras e encantadoras pessoas que tive a oportunidade de encontrar e reencontrar em São Paulo fui acolhido com grande carinho por algumas muito especiais, com as quais passei momentos espetaculares. Agradeço à Aldana Messuti Tardelli, Camilo Zuffelato, Débora Aymoré, Rafael “Deca” Fecury, Rodrigo Cadore, Sérgio Mendes Filho e às famílias de Fernando e Denise Scaff, de Linda e Victor Khoury, e de Fabrício e Marjorie Zacca e seu pequeno Samuel, gerado e concebido nesse período.

Devo muito também aos companheiros do escritório Silveira, Athias, Soriano de Mello, Guimarães, Pinheiro e Scaff, onde tive a alegria de encontrar não apenas profissionais brilhantes que tem sido essenciais em minha formação, mas os responsáveis pelo ambiente fraterno no qual se ressalta o prazer em praticar a advocacia. Agradeço também aos companheiros de Procuradoria Jurídica do Município de Belém do Pará, que proporcionou uma dedicação adequada para a conclusão desse trabalho. Agradeço também ao diligente estagiário Luís Carlos “Maninho” Nunes, pela ajuda valiosa em controlar meus afazeres profissionais.

Agradeço à caríssima professora Carmen Dolores Marçal Barreto da Rocha pela revisão ortográfica, feita em tempo exíguo, mas com grande qualidade.

E, finalmente, agradeço imensamente à Gabriela, meu amor, quem escolhi – e infinitas vezes escolheria – para compartilhar todos os dias de minha vida: “[...] *e até quem me vê lendo o jornal, na fila do pão, sabe que eu te encontrei.*”

La vérité ne fait pas tant de bien dans le monde que ses apparences y font de mal.
(A verdade não faz tão bem ao mundo quanto suas aparências lhe fazem mal)
François de La Rochefoucauld

Resumo

A noção de livre convencimento estipula ao julgamento de processos judiciais uma investigação sobre fatos amparada em avaliação epistemológica. Essa estratégia, entretanto, apresenta dificuldades insuperáveis nas diversas formulações desse tipo de raciocínio por não oferecer respostas definitivas para solucionar problemas práticos, como aqueles envolvidos na concretização do direito, levando a graus diferentes de dúvida. Diante desse quadro surge a pergunta sobre qual nível de confirmação será aceito para respaldar uma decisão.

Esse trabalho propõe como solução a tal aporia uma aproximação dos argumentos utilizados para a decisão em matéria de fato à estrutura dos argumentos práticos. Assim, além das reflexões epistemológicas, incorporam-se elementos morais e políticos em seu esquema central. Por meio dessa conclusão são introduzidos obrigatoriamente ao raciocínio judicial o que se denomina “critérios de suficiência”, orientações sobre o grau de comprovação das versões levantadas num caso concreto. Esse instituto, além de imprescindível para viabilizar a racionalidade dos juízos de fato, assume ainda a função de distribuir o risco de decisões equivocadas entre os litigantes. Trata-se de elemento de legitimação das decisões em matéria de fato, mediante a argumentação dos riscos que o processo envolve.

Esse raciocínio não é de forma alguma ignorado pela dogmática jurídica brasileira, embora não seja adequadamente sistematizado. Daí a importância de sua abordagem teórica, a demonstrar que é requisito imprescindível de legitimação das decisões sobre fatos tomadas nos processos judiciais, e verificação prática de diversos institutos, integralmente compatíveis com essa proposição. A partir de experiências jurídicas que tratam do assunto de modo sistematizado a mais tempo, propõe-se uma discussão sobre os termos que devem ser observados no ordenamento brasileiro em acordo com suas características.

Palavras-chave: Direito Processual; Direito Probatório; Decisão Jurídica em Matéria de Fato; Presunção; Ônus da Prova; Critérios de Suficiência.

Abstract

The idea of free proof stipulates to judicial process' decision an investigation over facts supported only by epistemological evaluation. This strategy, however, presents unbearable difficulties in the various manifestations of this kind of reasoning, as it does not offers definitive answers to solve practical problems, like those involved in applying the law, which leads to different degrees of doubt. Considering this picture, emerges the question about what level of confirmation will be accepted to sustain a decision.

This dissertation proposes as a solution to the presented aporia an approximation of the arguments utilized to decide about facts to the structure of practical argumentation. Thus, beyond epistemological reasons, moral and political elements are incorporate to its central sketch. Through this conclusion are necessarily introduced to judicial reasoning what is called "standards of proof", guidance about the degree of confirmation which versions must sustained to be successful on specific situations. This institute, additionally to its importance to validate the rationality of factual decisions, it assumes the purpose of distributing the risk of wrong perceptions among litigants. Its an element of legitimating decisions about facts, by reasoning the risks that the process handles.

This reasoning is not at all ignored by Brazilian law, in despite of its lack of systematization. Hence the importance of its theoretical approach, which demonstrates that is an indispensable requirement of legitimacy to the decisions about facts taken in judicial processes, and of its practical approach, verifying the compatibility of several law mechanisms to this proposition. Build on juridical experiences that study the subject in an systematized fashion and longer than our occupation of the subject, it is proposed a discussion about the terms in which these should be observed in Brazilian law, in accordance to its characteristics.

Keywords: Procedural Law; Evidence Law; Judicial Decisions about Facts; Presumptions; Burden of Proof; Standards of Proof; Civil Law.

Lista de Ilustrações

Esquema 1 – Elementos básicos da argumentação	152
Esquema 2 – Exemplo de argumentação sobre fatos no direito	152
Esquema 3 – Inclusão de elementos axiológicos na argumentação sobre fatos	183
Esquema 4 – Exemplo de argumentação sobre fatos no direito	186
Esquema 5 – Atuação da regra de presunção na argumentação sobre fatos	234
Esquema 6 – Exemplo de funcionamento da “inversão do ônus da prova” com base na verossimilhança das alegações, patrocinada pelo art. 6º, VIII do CDC.	265
Esquema 7 – Elemento da argumentação que materializa os critérios de suficiência	279

SUMÁRIO

Introdução:

1. Sobre as limitações da noção de livre convencimento	
§1. Conteúdo básico.	14
§2. Comparação com a prova legal.....	15
§3. Carência de reflexões quanto ao seu significado.	18
§4. Dificuldades do modelo vigente	21
§5. Reflexões teóricas, revisões dogmática.....	23
2. Valoração deficiente, decisão perigosa	
2.1 Dificuldades do convencimento judicial	
§6. Sobre a confiança no descobrimento dos fatos	24
§7. Verossimilhança.....	27
§8. Limites da discussão sobre o convencimento.	29
2.2 Orientação insuficiente para o juízo de fato	
§9. Necessidade de critérios de avaliação de provas	29
3. Hipótese: Critérios de suficiência para o juízo de fato	
§10. Idéia central.....	33
§11. Desenvolvimento perante o direito brasileiro	34
§12. Planejamento de apresentação	39
§13. Perspectiva de análise.....	40
4. Justificativa: Relevância do tema para o direito processual	
§14. Legitimação das decisões em matéria de fato.....	41
§15. Decisionismo como perigo da ânsia por efetividade	43
§16. Discussões sobre a racionalidade do juízo de fato	45
§17. Para não cair nos dados.....	47

Parte I: Elementos da argumentação em matéria de fato: verdade e valores na disciplina da prova judicial.

1. Para um estudo crítico do direito probatório	
§1. Abordagem teórica	50
§2. Impacto na dogmática do direito probatório	52
§3. Objeto central da análise	55

2. Perspectivas epistemológicas da prova jurídica

2.1 Modo de apresentação do tema

§4. Três possíveis perspectivas	56
---------------------------------------	----

2.2 Características de uma abordagem realista do conhecimento e sua repercussão perante a teoria jurídica da prova

§5. Realismo epistemológico	58
§6. Indução e dedução	60
§7. Prova como demonstração	64
§8. Demonstração no processo judicial	65
§9. Afirmção histórica dessa perspectiva epistemológica	67
§10. Modelo assimétrico de consideração dos fatos	68
§11. Verdade e prova	71
§12. Probabilidade	74
§13. Probabilidade de eventos	75
§14. Abordagem a partir de Bayes	80
§15. Probabilidade indutiva	87

2.3 Giro lingüístico-semântico e a reformulação do conceito de prova como demonstração

§16. Brevíssimas considerações sobre o giro lingüístico	93
§17. Impactos desse paradigma na investigação processual	98
§18. Segue: Novo olhar sobre os institutos processuais	102
§19. Críticas importantes	114

2.4 A prova como argumento ante o giro lingüístico-pragmático

§20. Brevíssimas considerações sobre a pragmática do giro lingüístico	123
§21. Diferentes desenvolvimentos dessa perspectiva	125
§22. Segue: Abordagem pragmática e verdade	130
§23. Impactos desse paradigma na investigação processual	134

2.5 Limites das proposições empíricas

§24. Restrições comuns às diferentes abordagens	135
§25. Esquema básico do raciocínio epistemológico	146
§26. Limites da verdade e critérios axiológicos	154

3. Fundamentos axiológicos do juízo de fato na decisão jurídica

3.1 Dissociação entre verdade e valores

§27. Livre convencimento e a segregação dos critérios axiológicos para avaliação dos raciocínios de fato	162
§28. Convencimento e decisão	163
§29. Orientações necessárias à decisão sobre fato: exemplo da prova legal ..	169
3.2 Aspectos axiológicos da decisão sobre fatos: alocação do risco do erro	
§30. “Una sana paura dell’errore”	173
§31. Proposta de esquema de argumentação sobre fatos	182
§32. Alocação dos riscos de erro no processo judicial.....	187
3.3 Se as considerações axiológicas sobre o juízo de fato são tão importantes, porque foram tão negligenciadas?	
§33. Origens da diferença de abordagem dessas considerações	190
§34. Diferentes considerações sobre a verdade	191
§35. Diferentes considerações sobre a probabilidade	193

Parte II: Dogmática da suficiência da prova e o direito processual brasileiro

1. O risco do erro como dimensão da argumentação em matéria de fato

1.1 Rumos da experiência jurídica da sociedade de risco

§1. A segunda parte	196
§2. Sociedade de risco.....	197
§3. Características de uma epistemologia social	201
§4. Absorção do tema do risco pelo direito.....	205

1.2 Instrumentos dogmáticos da alocação do risco

§5. Sobre a responsabilidade	207
§6. Crime de perigo abstrato.....	208
§7. Requisitos para caracterização do cartel.....	210
§8. Outra dimensão da consideração jurídica do risco.....	213

1.3 Da distribuição do risco em juízos de fato

§9. Ônus da prova, instrumento central.....	218
§10. Sobre o conceito de presunção.....	231
§11. Segue: Presunção como instrumento de atribuição específica do ônus da prova	238
§12. Outros instrumentos de atribuição excepcional do ônus da prova	242
§13. Segue: Atribuição judicial do ônus da prova	246

§14. Segue: Estrutura argumentativa da atribuição excepcional do ônus da prova	261
§15. Fórmula de gerenciamento universal do risco	267
§16. Especificidade em face de outras técnicas	272
2. Proposta de sistematização dos critérios de suficiência	
2.1 Critérios de suficiência: uma alternativa dogmática a partir do embasamento teórico da prova livre e da tutela do risco	
§17. Critérios de suficiência	275
§18. Uso na tradição continental	282
§19. Fundamentação no direito material	290
2.2 Critérios de suficiência para casos cíveis em países de tradição continental	
§20. Diferenças de percepção	294
§21. Apologia normativa à noção de prova preponderante	298
§22. Um critério de suficiência para as relações civis no direito brasileiro ...	303
2.3 Os diferentes critérios de suficiência	
§23. Dificuldade na definição e diferenciação dos critérios de suficiência ..	305
§24. “Prova clara e convincente” e “Prova além da dúvida razoável”	308
§25. Crítica à formulação dos critérios de suficiência	312
2.4 Como operam os critérios de suficiência	
§26. Funcionam de maneira semelhante aos princípios	315
§27. Precisam ser justificados em sua escolha e utilização	317
§28. Consequências do uso equivocado	321
Conclusões	
§1. Sobre a busca pela verdade como fundamento da ação	325
§2. Sobre a consideração da matéria de fato em questões práticas	326
§3. Argumentação em matéria de fato nos processos judiciais	327
§4. Desenvolvimento dos critérios de suficiência como proposta dogmática	329
§5. A busca pela legitimidade das decisões judiciais	331
Referências	333

INTRODUÇÃO

1. Sobre as limitações da noção de livre convencimento

§1. *Conteúdo básico.* Na processualística moderna, especialmente para aquela desenvolvida no seio da tradição europeia continental, a expressão livre convencimento vem sendo tratada como uma espécie de palavra mágica capaz de estruturar em torno de si todos os institutos da teoria da prova. Esse *status* é particularmente verdadeiro nos estudos conduzidos pela doutrina brasileira, nos quais é tido como etapa definitiva na evolução da prova judicial. Entretanto, apesar de tudo o que já foi escrito sobre esse modelo de investigação empírica do processo judicial, tal conceito tem significado algo obscuro e bastante difícil de precisar.¹

A construção processualista do livre convencimento é sempre apresentada em duas frentes, tanto no sentido de marcar sua diferença em relação a outras propostas de organização da cognição judicial em matéria de fato (aspecto negativo), quanto no sentido de lhe conferir um conteúdo específico que sirva como fundamento para a construção de um sistema legislativo e para a interpretação de cada um de seus institutos (aspecto positivo). Por um lado, a proposta do livre convencimento primeiro justifica sua existência na necessidade de romper com a idéia de prova legal, cujo desenvolvimento histórico foi considerado inadequado para investigação dos fatos. Por outro, procura expressar o que significa a proposta do livre convencimento, de modo a viabilizar o controle necessário de legitimidade das decisões oriundas do processo judicial sem ceder a arbitrariedades.²

Não obstante o desenvolvimento dessa idéia perante os institutos jurídicos e a difusão que encontra no meio doutrinário atual, é importante destacar sua insuficiência para a fundamentação das construções dogmáticas referentes à valoração da prova e à decisão em matéria de fato. O conteúdo das discussões sobre o livre convencimento usualmente

¹ “La dottrina e la giurisprudenza contemporanee utilizzano per lo più la formula del ‘libero convincimento’ con dogmatica sicurezza, sottovalutando ed eludendo ogni dimensione problematica dell’argomento, come se le molteplici questioni ad esso inerenti fossero risolte e archiviate da tempo e un significato indiscutibile risultasse ormai cristallizzato in tale ‘principio’. In questo modo – a ben vedere – non si fa altro che presentare delle scelte e delle aspirazioni personali come valori indiscutibili.” NOBILI, Massimo. *Il principio de libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 13.

² A título de exemplo, colacionamos algumas obras que apresentam sem maiores debates o sistema do livre convencimento motivado como derradeira evolução do sistema de apreciação da prova, representando o pensamento vigente sobre a teoria da prova: CINTRA, Antônio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 23ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007. SILVA, Ovídio A. Baptista; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 4ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 303-307. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. Salvador: Jus Podivm, 2007, 67-70.

negligencia abordagens que permitam relacionar o esquema processual com sua base de sustentação. Alijar essa discussão dos juízos de fato causa grande prejuízo ao produto final do processo de concretização do direito.

A revisão dos argumentos em favor do livre convencimento apenas confirma essa tese inicial, porque evidencia a falta de reflexões aprofundadas sobre esses temas centrais e a falha, quanto ao desafio principal, de prover um controle eficiente de legitimidade ao juízo de fato através das regras de processo.

§2. *Comparação com a prova legal.* É comum afirmar que a cognição proporcionada pelo livre convencimento é mais eficiente que aquela proposta pelo modelo da prova legal, apresentando-se clara opção entre duas alternativas historicamente importantes para o direito processual. O objetivo na comparação entre os dois sistemas seria polarizar o debate, colocando em perspectiva o papel desempenhado pelas regras processuais em cada um deles, em termos de maiores ou menores formalidades a serem observadas na condução da causa. Normalmente, justifica-se a preferência pelo livre convencimento por suas decantadas vantagens epistemológicas, como maneira mais direta de acesso à realidade, não mediado por normas.³

Essa explicação, entretanto, não faz justiça ao método da prova legal, na medida em que não se esforça para compreender a racionalidade e os objetivos subjacentes a essa fórmula.

O modelo das provas legais tinha como fundamento da cognição judicial dos fatos uma disciplina estática da formação do liame cognitivo, estabelecendo orientações incontornáveis que autorizassem o julgador a decidir sobre a existência de um fato. Esse método, desenvolvido, na prática, ao longo de séculos, de uso bem-sucedido, era uma tentativa de alcançar dois objetivos fundamentais à discussão jurídica: tanto desenvolver alguma racionalidade do acerto dos fatos, quanto alcançar a exclusão ou, pelo menos, a diminuição do campo aberto ao arbítrio do julgador. A estratégia utilizada para alcançar esses objetivos era pautada em normas legais, estabelecendo, de modo restrito, a forma de comprovação dos fatos mediante expedientes como: presunções, hierarquização dos meios

³ Para uma noção sobre como esse debate é percebido historicamente pelos processualistas, cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3ª. Ed. Campinas: Bookseller, v.1, 2002, p. 132 e seguintes.

de prova, ou regras de exclusão na consideração da prova com base nas normas sociais da época.⁴

Tal como proposto, o sistema das provas legais assumiu, em determinado período, função processual relevante ao trazer garantias de racionalidade ao processo em contraposição às instituições características da época que precedeu o surgimento do Estado moderno, até como, desenvolvimento de seus principais objetivos quanto ao controle do poder público.⁵ A partir de mecanismos formais de seus institutos, o modelo de comprovação baseado em regras não impõe meios de prova que garantam veracidade a certos fatos. Limita-se a indicar regras de constatação legitimadas pela prática, cristalizadas na lei, ordenadas em escalas de confiabilidade e voltadas a excluir informações consideradas inseguras para subsidiar a decisão.⁶

Por meio da instituição de regras, a disciplinar o raciocínio probatório, a intenção não era estabelecer conclusões definitivamente verdadeiras sobre a questão empírica diante de determinados elementos de prova disponíveis. Pretendia-se impedir a formação arbitrária do convencimento, impondo, ao raciocínio de decisão, algumas regras capazes de proporcionar a validade de suas conclusões, de acordo com o conhecimento disponível. Dessa maneira, o modelo de prova legal teria o propósito singelo de elaborar mecanismos de garantia de validade da decisão, na tentativa de torná-la segura em relação ao conhecimento cristalizado nos liames entre fato e prova criados pela lei.⁷

Quando do detalhamento desse sistema, normalmente se remete o estudioso a normas características de cada época histórica que causam repulsa a quem as observa fora de um contexto de estudos epistemológicos e institucionais. Regras como aquelas das ordenações filipinas referentes à diminuição de importância aos testemunhos de judeus e mouros, por exemplo, são utilizadas como argumento central para o afastamento desse modelo cognitivo que não teria possibilidade de desenvolvimento no mundo contemporâneo.⁸ Assim, também as classificações entre provas plenas e semiplenas que

⁴ Sobre o sistema prova legal nesses termos, cf. DINAMARCO. Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5ª. Ed. São Paulo: Malheiros, vol. III, 2005, p. 102 e seguintes

⁵ LOMBARDO, Luigi. *La prova giudiziale: contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*. Milano: Giuffrè/Università di Catania, 1999, p. 15-21

⁶ Analisando o formalismo como instrumento de garantia da prova nesse aspecto, cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 2ª. Ed. Rev. Ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 156 e seguintes

⁷ Para uma perspectiva descritiva do funcionamento histórico da prova legal como modelo de apreciação e decisão em matéria de fato, cf. FURNO, Carlo. Teoría de la prueba legal. *Revista de derecho privado*. Trad. Sergio Gonzalez Collado. Madrid: 1954.

⁸ “Livro III; Título LVI – Que pessoas não podem ser testemunhas. Todo homem póde geralmente ser testemunha, e será perguntado em todo caso, que fôr nomeado por testemunhas, postoque lhe seja posta

seriam definidas segundo as concepções de cada época, impedindo uma atividade investigativa mais profícua diante de tariffações prévias dos meios de prova.⁹

A legitimidade do juízo constituída nesses termos, entretanto, não resistiu à modernidade e seu otimismo relacionado às possibilidades do conhecimento racional, proporcionada por uma atmosfera de desenvolvimento tecnológico. Por mais que o raciocínio da prova legal provocasse adesão da sociedade às suas formas de constatação, perdia espaço diante da eficiência dos métodos investigativos em conhecer os fatos em si, superando regras que desconsiderassem essa característica. A pretensa objetividade das conclusões sobre fatos tomava o lugar da aceitação das regras consensuais que mediarão a qualidade de sua cognição.¹⁰

Vinculada a essa característica moderna da cognição empírica, o modelo da prova legal sobrevive nos ordenamentos jurídicos atuais de modo bastante restrito. Ao se compatibilizar com os pressupostos do pensamento vigente, esses mecanismos encontram espaço importante para suprir lacunas nas quais o método livre não é capaz de oferecer por si mesmo subsídios seguros para a decisão. Por isso, subsistem diversas regras que auxiliam a investigação epistemológica ao condicionar seus parâmetros, visando a melhorá-la.

Regras, como a vedação prévia de testemunho, as quais têm a finalidade de consolidar uma apreciação isenta da prova, que afasta, *a priori*, a credibilidade de determinados depoimentos porque oriundos de vínculos considerados socialmente incompatíveis com a imparcialidade exigida (CPC, art. 405, §2º), são exemplos dessa compreensão do papel das normas nesse direito probatório, com o objetivo de preservar à conclusão o seu valor de verdade. Regras que se baseiam em considerações probabilísticas, como aquela que autoriza se considerar concebidos na constância do casamento os filhos nascidos ao menos dentre os cento e oitenta dias subsequentes ao estabelecimento da

contradita, antes que seja perguntado, salvo nestes casos que se seguem. [...] 4. O Judeu e o Mouro não podem ser testemunhas, nem serão perguntados em feito que hum Christão haja com outro. Porém, se fôr a contenda entre Judeu e Christão valerão igualmente os testemunhos dos Judeus com os dos Christãos, sendo dados os Judeus por testemunhas pelo Christão, e os Christãos pelo Judeu. E o que dizemos no Judeu, haverá isso mesmo lugar no Mouro.” ALMEIDA, Cândido Mendes. *Ordenações e leis do Reino de Portugal*. Edição fac-similar da 14a. ed. de 1870. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 647.

⁹ Tal classificação da prova, apesar de ser considerada oriunda da prova legal e superada como método de investigação probatória, ainda aparece dentre os textos legislativos contemporâneos (CC art. 215 e 225). DIDIER JR. Fredie. *Regras processuais no novo código civil: aspectos da influência do Código Civil de 2002 na legislação processual*. 2a. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 39.

¹⁰ Esse pressuposto filosófico, no qual o juiz assumiria o protagonismo das investigações e decisões doravante centradas num conceito pacífico de veracidade e objetividade, foi caracterizados por Giuliani como modelo assimétrico de consideração da prova, compatível com os ideais identificados com a modernidade. A partir dessa concepção é que foram erigidos os diversos sistemas jurídico-probatórios existentes na atualidade. GIULIANI, Alessandro. Prova (filosofia del diritto). *Enciclopedia del diritto*. Varese: Giuffrè, vol. XXXVII, 1988, p. 526 e seguintes.

convivência conjugal (CC, art. 1.597, I), também são aceitáveis para aproximar a decisão daquilo que se entende por normalidade das relações afetivas.

Assim, a utilização da prova legal no contexto do livre convencimento é bastante específica, flagrantemente residual e submetida ao objetivo de busca da verdade como critério principal de sua legitimação.¹¹

§3. *Carência de reflexões quanto ao seu significado.* Diante de novos pressupostos, os instrumentos legais de regulamentação da cognição encontrariam relevante resistência. Isso porque seu mecanismo de atuação é uma espécie de antítese da liberdade cognitiva, na medida em que apresenta parâmetros de restrição aos seus métodos, razão pela qual é frequentemente criticado por constituir um formalismo exagerado e retrógrado na apreciação das provas. A imposição de regras jurídicas, como formas determinadas da cognição de fatos, seria uma espécie de modelo pré-estabelecido de constatação da realidade, que não seria adequado à maioria das investigações considerando as diversas possibilidades de identificação de um fenômeno empírico.

Respalado, não apenas pela ampliação do sentido do que significa conhecer, mas também considerando a disposição que as instituições acabaram por consolidar o modelo do livre convencimento assumiu, ao longo do tempo, a primazia das investigações judiciais. Sua principal característica, em oposição ao modelo anterior, foi acabar com a mediação exercida pelas regras legais entre provas apresentadas e conclusões quanto à matéria empírica. Para isso propôs a utilização de métodos mais voltados ao acerto dos fatos pelos julgadores segundo uma investigação eficiente, do que a busca da legitimação das decisões com base na aceitação efetiva da sociedade sobre as conclusões apresentadas amparadas em regras do que considera normal.

Na história institucional do processo, o primeiro desenvolvimento dessa formulação consagrou a consciência do julgador como o elemento primordial da cognição dos fatos. É identificada como fase incipiente da liberdade cognitiva do juízo de fato, na qual as decisões não precisariam ser submetidas a qualquer escrutínio senão àquele do

¹¹ O estudo da transição do modelo da prova legal ao livre convencimento é muito criticado mesmo dentre as doutrinas processualistas. Há um debate emblemático sobre o assunto travado na doutrina italiana, onde transparecem as críticas à transição e virtudes dos caminhos adotados quanto a avaliação e decisão em matéria de prova. Conferir a discussão entre Amodio e Cappelletti, na qual são apresentados os principais argumentos sobre o tema. AMODIO, Ennio. Libertà e legalità della prova. *Rivista italiana de diritto e procedura penale*. Milano: Giuffrè, anno XVI, 1973, p. 310-339; CAPPELLETTI, Mauro. Ritorno al sistema della prova legale? *Rivista italiana de diritto e procedura penale*. Milano: Giuffrè, anno XVII, fasc. 1, gennaio-marzo, 1974, p. 139-14; AMODIO, Ennio. Prove legali, legalità probatoria e politica processuale. *Rivista italiana de diritto e procedura penale*. Milano: Giuffrè, anno XVII, fasc. 2, aprile-giugno, 1974, p. 373-376.

próprio juiz designado. Somente ele teria as provas à disposição de seu conhecimento privado e compromisso apenas quanto a sua própria sensibilidade. Essa noção não teria vida longa em função de críticas a sua racionalidade e flagrante incompatibilidade com outros pressupostos do direito moderno. A subjetividade da cognição característica desse tipo de julgamento encontrou diversas dificuldades para criar raízes no Estado de Direito, que não combinam com o poder ilimitado de verificação dos fatos proporcionado por esse tipo de abordagem.¹²

Confrontado com as inúmeras críticas que recebeu, foi desenvolvida uma nova abordagem sobre os mesmos pressupostos, chamada, com pretensões universalistas, de livre convencimento racional. Não obstante a existência de abordagens da livre apreciação da prova construídas sobre o convencimento íntimo do juiz acerca dos fatos, a formulação mais difundida de tal modelo é estritamente ligada ao controle das afirmações feitas pelo julgador. Daí porque é comum se designar o livre convencimento como racional, motivado, limitado à análise das evidências constantes dos autos. Parte-se da idéia de que o desenvolvimento desse tipo de investigação judicial não deve implicar subjetivismo desvairado que confere poder ilimitado aos julgadores de dizer o que é verdade quanto às situações que lhes são submetidas. Ao contrário, deve estabelecer elementos para o exercício de controle adequado ao juízo de fato, reduzindo a um número mínimo arbitrariedades deliberadas ou inconscientes.¹³

Expresso nesses termos, o livre convencimento seria o sistema mais adequado para a valoração da prova porque equilibraria, com maior possibilidade de êxito, o controle do poder jurisdicional, quando da interpretação dos elementos trazidos aos autos, e a liberdade de interpretação necessária ao exercício desse poder, o que deixa os juízos mais capacitados a compreender corretamente a situação de fato.¹⁴ Essa proposta de compreensão da cognição judicial pretende controlar o juízo de fato com uma série de recomendações, tais como: postular inferências somente a partir dos elementos colhidos dos autos, motivar as

¹² MONTELEONE, Girolamo. Alle origini del principio del libero convincimento del giudice. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, v. LXIII, n.2, 2008, p. 123-132.

¹³ Apesar dessa inclinação, mesmo formulações mais recentes reconhecem a impossibilidade de eliminar o conteúdo volitivo das decisões jurídicas seja para questões normativas ou empíricas, para as quais a argumentação funcionaria como uma espécie de controle *a posteriori*: “La scelta, determinata dalla necessità di decidere, ha uno schietto *contenuto volitivo*. L’atto di volontà resolve il dubbio nella decisione. Poichè il giudicante non può rimanere sospeso tra l’eguale forza delle oposte soluzioni, e il legislatore non gli viene in soccorso con alcun metodo: allora egli, che pure ha il terribile e crudele dovere di decidere, va oltre il dubio con l’esercizio di un’argomentante volontà. La domanda trova risposta. Il caso è chiuso.” IRTI, Natalino. Dubbio e decisione. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, v. LVI, n.1, gennaio-marzo 2001, p. 72.

¹⁴ CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. 2ª. Ed. (tradução da 2ª. Ed. Italiana, 1947) Buenos Aires: Depalma, 2000, p. 18

conclusões que servem de embasamento da decisão em matéria de fato, ou considerar, em situações esporádicas, a valoração prévia da lei para situações do raciocínio probatório, como presunções e regras de exclusão de provas com a condição de serem compatíveis com os pressupostos epistemológicos assumidos.¹⁵ Esses limites seriam suficientes para o controle da decisão judicial, pois estaria substancialmente submetida a métodos adequados de análises empíricas que sigam os ditames da mesma concepção de conhecimento racional.

Apesar de ter como ponto de partida o entusiasmo com as conquistas epistemológicas, o livre convencimento paradoxalmente deixa de considerar o raciocínio empregado na consideração dos fatos. Suas construções normalmente se restringem a uma perspectiva do juízo cognitivo sobre fatos que se impõe ao julgador por meio de normas e técnicas a conduzir a aquisição e consideração de elementos de prova. Esse controle por regras jurídicas se limita ao mínimo e funciona na restrição do arbítrio em juízos de fato, mediante a regulamentação da participação dos interessados no procedimento, o acesso à possibilidade de recursos e duplo grau, a obrigação de motivação da decisão, mas nunca em se debruçar sobre como considerar as provas produzidas.

Os estudos da processualística nacional jamais se aprofundam nesse sentido. No máximo, são tecidos comentários sobre o art. 131 do Código de Processo Civil, situado no capítulo reservado aos poderes, deveres e responsabilidade dos juízes, dispõe que a livre apreciação da prova é restrita aos elementos constantes dos autos e deve indicar a motivação daquilo que possibilitou a formação do convencimento. A abordagem do dispositivo – e de resto do sistema jurídico referente à prova – com o objetivo de formular esses controles é, por vezes, incompatível com a complexidade da tarefa do julgador.

Não é raro que tais singelos critérios sejam considerados falhos em relação ao objetivo de afastar excessos por parte dos juízes na interpretação do conjunto probatório. Mesmo diante do desenvolvimento das mais diversas técnicas de controle externo ao raciocínio empreendido na orientação das investigações empíricas, esse sistema se resigna em deixar ao juiz a “*prudente apreciação*” das provas entendidas por um terceiro cuja imparcialidade se tenta garantir. Expressões pouco estudadas como essa atestam a recusa da dogmática em investigar seus fundamentos e, apesar de todas as tentativas de impedir subjetivismos, continua a deixar uma grande e indesejável zona de ausência de controle da avaliação das provas.¹⁶

¹⁵ Dinamarco, ob. cit., p. 105.

¹⁶ “[...] o emprego dessas técnicas e o respeito aos princípios e garantias mencionados correm o risco de não afastar de todo a onipotência judicial. O problema é muito mais complexo e se mostra bem possível que o

§4. *Dificuldades do modelo vigente.* A compreensão de que a valoração nesses termos é insuficiente às necessidades de legitimação do juízo de fato é compartilhada por diversos estudiosos da prova judicial. O apelo, a expressões vagas a ditar os rumos da cognição dos fatos, revela um vácuo existente na idéia de livre convencimento por não se ocupar seriamente dos meandros da valoração. Assim, o modelo parece se limitar a combater um engessamento do raciocínio centrado meramente em regras formais, mas não tem proposto alternativas para desempenhar essa tarefa, nem, muito menos, à revisão que situações mais complicadas impõem às suas construções.¹⁷

Por isso, o livre convencimento acaba gerando uma série de dificuldades ao seu objetivo de orientar as considerações em matéria de fato. A falta de discussões nesse particular tem consequências indesejáveis à compreensão dos institutos da prova e à liberdade do juiz nas investigações relacionadas. Nesse aspecto, o livre convencimento parece ter um longo caminho a percorrer, com o objetivo de discutir exatamente o que confere racionalidade às conclusões que apresenta.¹⁸

Negligenciar as características do raciocínio empregado na análise dos fatos significa, de certa maneira, fazer do entendimento do juiz a única medida de valoração das provas, ainda que palidamente mitigada pelos institutos do processo. A mera remissão ao convencimento traduz um apelo manifesto à subjetividade do julgador que dificilmente foge

órgão judicial, mesmo com uma autêntica proclamação de princípios, ao justificar determinada visão dos fatos, lance mão de critérios vagos e indefinidos, utilizando de fórmulas puramente retóricas despidas de conteúdo, aludindo, por exemplo, à ‘verdade material’, ‘prova moral’, ‘certeza moral’, ‘prudente apreciação’, ‘íntima convicção’ e expressões similares, autênticos sinônimos de arbítrio, subjetivismo e manipulação semântica por não assegurarem nenhuma racionalidade na valorização da prova, implicarem falsa motivação da decisão tomada e impedirem, assim, o controle por parte da sociedade, do jurisdicionado e da instância superior.” Alvaro de Oliveira, ob. cit., p. 162.

¹⁷ A valoração da prova é debatida em espaço muito restrito no cenário doutrinário da teoria da prova ou do direito processual. Ainda hoje são inúmeras as análises que buscam criticar a ausência de reflexões sobre a racionalidade empregada na apreciação das provas judiciais, com reflexos diretos na disposição de seus institutos processuais para orientação do juízo em matéria de fato. Análises mais detidas da cognição processual dos fatos tomam com certa tranquilidade esse ponto de partida. Cf. WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba: investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial*. Bogotá: Editorial Temis, 1985; TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

¹⁸ Esse problema afeta em especial os países nos quais os modelos processuais são vinculados à tradição europeia continental, pois desenvolveram historicamente instituições centralizadas voltadas a busca de uma verdade oficial em detrimento da construção compartilhada, professada no modelo anglo-americano. Enquanto este constrói um acesso a verdade mediado por processos que envolvem a participação determinante de todos os sujeitos processuais com estritos controles de legitimação da cognição empírica, aquele seria construído sempre em torno de uma autoridade capaz de obter um conhecimento privilegiado como único critério de legitimação, seja quanto ao pressuposto normativo ou factual do raciocínio prático. O enfoque continental acaba por colocar o juiz como protagonista da cognição processual e, assim, potencializa o perigo de arbitrariedades, menos por suas normas legais do que por suas impressões sobre como se dá a cognição dos fatos. GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS. *Juger en Amérique et en France: culture juridique française et common law*. Paris: Odile Jacob, 2003, p. 123-130.

da formulação oitocentista de Frederick Stein, segundo a qual se pode considerar comprovado determinado fato quando “*o juiz, como homem judicioso, consciencioso e experimentado, estima, por razões objetivas, que a verossimilhança alcançada é suficiente para crer na verdade.*”¹⁹ Quaisquer fossem os argumentos em prol de uma decisão sobre os fatos, teriam no juiz a única fonte de avaliação e medida, apesar de todos os controles prévios instituídos para sua limitação.

Assim, essa perspectiva do livre convencimento opera mediante uma razão dependente da compreensão do sujeito sobre o objeto que analisa. Tal posicionamento se reflete na concepção de verossimilhança, apresentada como finalidade das investigações processuais recentes. Mesmo não propondo suas conclusões como verdades irrefutáveis, o modelo de juízo de fato trabalha com critérios de avaliação unicamente da perspectiva do julgador, porque insuficientemente trabalhadas em seus fundamentos mais básicos.²⁰

Nessa perspectiva, a motivação que se requer para decidir pouco tem acrescentado à racionalidade da apreciação da prova. No máximo, vem servindo como uma descrição dos pensamentos que conduziram àquela conclusão, proporcionando a exposição, mas, não necessariamente, a justificação de sua decisão. São bastante diferentes as práticas de apresentar as causas ou influências que levam a uma conclusão daquela de sustentar que determinada conclusão é correta ou equivocada. É claro que a enunciação de cada um dos posicionamentos tem uma circunstância específica em que foram concebidos, entretanto somente há justificativa quando se sustenta a correção ou incorreção de um argumento. O controle existente sobre a racionalidade dos juízos de fato tem sido entendido como obrigação de apresentação da motivação em termos explanatórios e contentam-se com apreciações de mesma natureza das instâncias judiciais superiores, que tampouco garantem a aceitabilidade dos juízos apresentados como conclusão. Daí a ênfase nos controles

¹⁹ “[...] el juez, como hombre juicioso, concienzudo y experimentado, estima, por razones objetivas, que la verosimilitud alcanzada es suficiente para creer en la verdad”. Cf. STEIN, Frederick. *El conocimiento privado del juez*. 2ª Ed. Trad. Andrés de la Oliva Santos. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, p. 29.

²⁰ A verossimilhança parece ser concebida como o objetivo da prova judicial, diante da impossibilidade do processo alcançar o ideal absoluto de verdade. Seu advento seria a única possibilidade legítima ao juiz diante de suas obrigações de investigação e decisão sobre determinado caso. Mas alcançar a verossimilhança somente seria possível a partir do *id quod plerumque accidit* (aquilo que geralmente acontece), o que tornaria extremamente subjetivo esse conceito ao depender diretamente da “cultura do julgador”. Dentre os outros significados que assinala para esse conceito conforme a legislação processual esse de natureza epistemológica é o que interessa para o momento. CALAMANDREI, Piero. *Verità e verosimiglianza nel proceso civile* in Opere Giuridiche. Napoli: CEDAM, vol. V, 1972, p. 615-640. Numa revisão da literatura alemã no início dos anos de 1980, Gerhard Walter confirmava essa compreensão da atividade cognitiva judicial quanto aos fatos, indicando-a explicitamente como atividade subjetiva: “[...] la opinión dominante en la doctrina es partidaria de un modelo absolutamente subjetivista, lo que le vuelve a colocar en consonancia con la jurisprudencia, la qual, como hemos visto, ha pasado de nuevo inequívocamente al campo ‘subjetivo’.” Walter, ob. cit., p. 152.

burocráticos que cuidam do dever de imparcialidade principalmente pela responsabilização do juiz.²¹

No final das contas, as regras de controle do juízo de fato apenas cercam o juiz de cuidados na admissão de evidências nos autos a serem considerados quando se refere à licitude da prova, possibilitam o acompanhamento da produção dos meios de prova para preservar a participação das partes na fixação das premissas, provêm alternativas aos resultados insatisfatórios das investigações por meio de presunções ou ônus da prova, ou possibilitam uma exposição de seu raciocínio para dar seu veredicto. Em momento algum, considera-se em detalhes o tipo específico do raciocínio que deve empreender para verificar quais os pontos problemáticos do juízo, de fato que precisariam de maiores desenvolvimentos e orientações do direito, com a finalidade de observá-lo. Isso implica atividade que os juristas nem sempre estão dispostos a fazer, qual seja, perquirir sobre as razões que estão à base do direito e permeiam as decisões jurídicas com o intuito de criticar seus pressupostos e recriar suas soluções de forma aceitável.

§5. *Reflexões teóricas, revisões dogmáticas.* Por certo, da ausência de reflexões dessa natureza resultam muitos problemas para os postulados do livre convencimento em relação juízo de fato do processo judicial. Acabam sendo resultado de um desenvolvimento insuficiente desse conceito que afeta diretamente as construções dogmáticas e a prática dos tribunais. Ainda que a descrição acima apresentada sobre o livre convencimento não possa ser tomada por definitiva e obrigatória aos julgamentos em matéria de fato, nada parece impedir que esse quadro seja reconhecido como aceitável, pois oferece à percepção problemas plausíveis e até prováveis que esse sistema pode encontrar caso não sejam propostas alternativas críticas ao seu funcionamento. Não se pretende proclamar a impossibilidade do modelo atual em alcançar conclusões suficientemente legítimas, mas é bastante difícil se satisfazer com o potencial das respostas que esses mecanismos proporcionam para a diversidade dos casos que se colocam diante deles. Daí porque a

²¹ Essa caracterização da decisão acaba atraindo concepções decisionistas ou deterministas da decisão jurídica que encontrariam dificuldades de aceitação na sociedade contemporânea. A teoria do direito desenvolve quanto a esse problema soluções argumentativas que se baseiam na busca de perspectivas da racionalidade para amparar suas conclusões, além da remissão aos significados dos textos legais e das provas apresentadas. Diante disso, são propostos outros controles para a concretização do direito amparados nessas perspectivas da racionalidade que extrapolam as propostas tradicionais baseadas no controle burocrático. Sobre o desenvolvimento desse novo âmbito de desenvolvimento do conhecimento jurídico, cf. ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2006, capítulo I. Sobre a deficiência do controle burocrático para a atividade judicial nas sociedades atuais, cf. FISS, Owen. A burocratização do judiciário. In: *Um novo Processo Civil: estudos norte americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Coord. Trad. Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 163-203.

prática reiterada e relativamente bem-sucedida dos tribunais não é capaz de evitar as críticas desferidas contra tal modelo.

Afigura-se imprescindível que as construções referentes ao livre convencimento envolvam algum modelo de racionalidade capaz de oferecer critérios à valoração da prova. A decisão sobre fatos em processos judiciais, como em toda decisão social, deve repousar sobre base epistemologicamente adequada, para que legitime seu resultado. O sentido da liberdade que designa esse sistema de orientações ao juízo de fato não pode significar ausência de posicionamento quanto à valoração e decisão sobre tal matéria: é preciso que a construção da dogmática processual se volte aos seus fundamentos de racionalidade, para que garantam a aceitabilidade dos provimentos judiciais.²² Assim, o problema de valoração legítima da prova é, também, o problema da revisão de toda sua dogmática, porque as considerações críticas feitas sobre esse tipo de raciocínio terão repercussões necessárias em seu aparelhamento.

Esse passo atrás é fundamental para revisar a dogmática da prova e reconstruí-la de forma cada vez mais forte, consoante idéias específicas sobre razão, conhecimento e verdade que forem tomadas como pressuposto. O debate sobre a fundamentação da teoria da prova parece ser a grande fronteira de seu estudo e desenvolvimento. São essas as discussões que mantêm vivo o interesse no estudo dessa disciplina, voltada, antes de tudo, à concretização legítima do direito.

2. Problema: Valoração deficiente, decisão perigosa

2.1 Dificuldades do convencimento judicial.

§6. *Sobre a confiança no descobrimento dos fatos.* Diante dessa perspectiva tão simplificada da valoração da prova na tradicional discussão processualista, surgem problemas graves que merecem ser desenvolvidos adequadamente no quadro dogmático. Dentre as várias dificuldades que poderiam ser listadas, esse trabalho se ocupa, em especial, do problema da decisão em matéria de fato, que lida com a questão do convencimento judicial.²³ Trata-se de levantar a possibilidade e a efetividade da apresentação de critérios

²² O estudo contemporâneo da prova judicial dificilmente deixa de expandir suas reflexões sobre o fundamento de racionalidade das considerações sobre a prova. As análises que cuidam desse plano de argumentação são diversas e compreendem diferentes perspectivas filosóficas. Para uma boa compreensão do debate quanto a fundamentação de prova a partir de sua valoração, identificando os principais debates sobre o assunto, cf. Taruffo, ob. cit., p. 167-240.

²³ O sentido da expressão “convencimento judicial” é similar àquele utilizado em outras obras da literatura jurídica nacional. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 81-96.

capazes de evitar a fundamentação das decisões sobre fatos apenas em expressões do convencimento subjetivo.

Como se demonstrou acima, essa compreensão sobre o livre convencimento implica ampla liberdade do julgador, no sentido de que não considera as provas apenas por meio de regras legais que disciplinam a passagem do estágio de avaliação ao de decisão. Nesse modelo, a formação do convencimento e a superação de eventuais dúvidas são preferencialmente alcançadas pela utilização de *saltos lógicos* que não têm meios para discutir os termos da compreensão dos fatos sustentada pelo juiz, passando de uma leitura dos elementos de prova à conclusão sobre o ocorrido. Os termos dessa liberação do convencimento ao juiz muitas vezes parece não ter sido adequadamente percebido, pois permite modalidades incontroláveis de avaliação dos elementos apresentados e estabelece um grau de credibilidade que depende necessariamente da intervenção de sua consciência.

Ao contrário do modelo de provas legais – no qual se procura excluir a relevância de valorações pessoais mediante a imposição de regras de constatação dos fatos, dissociando a relação entre convencimento e comprovação –, o modelo da prova livre deixa à sensibilidade e à caneta dos magistrados a possibilidade de dizer, em última instância, quando um fato está ou não devidamente comprovado.

Esse problema crônico para o livre convencimento era evitado pelo modelo de prova legal mediante seu mecanismo de funcionamento. Os modelos representariam a garantia de racionalidade do conhecimento criando uma forma de cristalização da passagem da hipótese à conclusão sobre os fatos nas discussões processuais, que pretendia não deixar margem à subjetividade dos julgadores quanto aos mecanismos que ensejassem determinadas conclusões como, também, na aferição da suficiência da prova. Por um lado, essa estratégia dá um sentido forte de legitimação à decisão judicial em matéria de fato através da criação de vínculos explícitos entre provas e conclusões em matéria de fato, mas por outro, apresenta problemas decorrentes do engessamento da cognição provocado pelas leis que acabam por impedir outros raciocínios válidos fossem utilizadas em juízo.

Baseada na confiança da passagem lógica das hipóteses formuladas à conclusão sobre fatos, o livre convencimento limitou-se a verificar os defeitos da prova legal na verificação da realidade. Entretanto, não se deteve em geral no conteúdo dessas inferências, não se deteve em discutir as bases desse conhecimento. Daí a impressão de que a liberdade do modelo probatório se refere a um alto grau de liberdade cognitiva, livre das amarras formais que impossibilitavam as verdadeiras possibilidades do conhecer. Essa liberação modifica sobremaneira a estrutura da cognição judicial, expondo o juiz a problemas como

aquele referente ao seu próprio convencimento de modo a decidir em que medida uma hipótese foi provada ou não, mas sem lidar diretamente com eles. Não basta mais evocar a regra através da qual se viabiliza a passagem de um fato probatório ao fato probando e sustentar a dedução dessa regra no caso concreto: a liberação da prova necessitaria a sustentação da relação entre hipótese e conclusão em termos suficientes de respaldo.

Os inconvenientes dessa formulação são destacados em diversos casos, nos quais o juiz considere provado um fato não obstante a subsistência de sérias dúvidas sobre tal comprovação, ou naqueles em que o juiz deixa de proclamar uma afirmação provada ainda quando as dúvidas existentes não sejam tão contundentes. Diante da impossibilidade de se trabalhar com qualquer cenário de certeza ou verdade absoluta sobre os fatos, é fundamental desenvolver uma dogmática que seja capaz de avaliar, de modo aceitável, as questões empíricas e evitar, ao máximo, a possibilidade de erros de julgamento sempre presentes quando da análise livre de uma situação de fato. No entanto, a dogmática da prova é quase sempre silente nesse particular, abdicando de auxiliar no desenvolvimento de uma decisão menos suscetível a arbitrariedades.

Normalmente, estipulam que não sendo possível ao juiz proclamar sua convicção, o julgamento deve se pautar apenas nas disposições sobre o ônus da prova, cujo teor não tem conteúdo cognitivo algum. Trata-se de imposição artificial de limite contra o arbítrio do juiz, pautado numa regra geral de responsabilidade sobre as próprias afirmações e, ao mesmo tempo, um freio contra o ímpeto litigioso das partes, como último recurso para pôr fim à controvérsia.²⁴ Assim, dependendo apenas daquilo que o juiz entenda como necessário à comprovação dos fatos da causa em comparação ao que foi apresentado, incidirá ou não a regra de ônus da prova.

Ocorre que esse estado de coisas não é adequado para garantir a correção dos juízos de fato quando desacompanhadas de abordagens sobre os critérios de valoração e decisão. Deposita-se injustificável esperança na auto-restrição do juiz ou no controle meramente exterior das ilações probatórias, vez que demonstram seu potencial limitado para disciplinar a matéria, deixando de lado diversas questões envolvidas na tomada das decisões jurídicas.

²⁴ Sobre o ônus da prova como regra de julgamento, cf. GRINOVER, Ada P. et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 814-815.

§7. *Verossimilhança*. Em construções desse tipo, é comum fazer remissão à probabilidade ou à verossimilhança como critérios possíveis de avaliação do objetivo da prova, mas do jeito que são apresentados esses parâmetros, sem fundamentação adequada, acabam sendo apenas espécies de escusa antecipada aos erros que eventualmente se possa cometer no julgamento das questões de fato, apenas um mecanismo para afastar alegações de ilegitimidade da investigação processual, porque, de modo algum, discutem como concebê-las ou o que seria necessário para estruturar o direito probatório em torno delas. Assim, se o livre convencimento gera, por um lado, a possibilidade de desvincular o juízo de esquemas prévios que reduzam as possibilidades de investigação da verdade, por outro, parece lutar contra perigos iminentes de arbitrariedade dos julgadores os quais não consegue afastar no plano normativo, seja por soluções dogmáticas, seja pelo estudo das decisões jurídicas.²⁵

Certamente, essa limitação do livre convencimento é uma das razões pelas quais os mecanismos das provas legais continuam presentes nos ordenamentos jurídicos mesmo nos dias atuais. Continua sendo bastante comum a utilização de expedientes dessa natureza em diversas situações para controlar a insegurança do livre convencimento em razão da inquietante insegurança percebida em sua formulação, gerando sistemas modernos que misturam elementos dos dois modelos no intuito de equilibrar as vantagens e desvantagens de cada um. Além de todos os exemplos já suscitados sobre a utilização da prova legal, seria possível ressaltar ainda aqueles que discrepam totalmente de argumentos de probabilidade ou de refinamento do método de investigação, de ordem puramente axiológica. É exatamente isso que pauta, por exemplo, a idéia de presunção de boa-fé sobre a posse de imóvel adquirido por justo título (CC, art. 1201 e seguintes), a qual não se baseia em qualquer parâmetro de aperfeiçoamento da investigação, mas na preservação da segurança e estabilidade das relações sociais.

Essas soluções, entretanto, são apenas parciais, construídas para casos específicos e incapazes de perceber sistematicamente as necessidades do juízo cognitivo do

²⁵ No máximo essa preocupação é mencionada pelos estudos processualistas. Sempre sensível aos problemas insito às práticas processuais, Dinamarco constata a dificuldade de decidir em matéria de fato. Entretanto, também vincula sua resposta a expressões vagas que invocam o autocontrole como virtude dos julgadores: “Considera-se cumprido o *onus probandi* quando a instrução processual houver chegado à demonstração razoável da existência do fato, sem os extremos da exigência de uma *certeza absoluta* que muito dificilmente se atingirá. A certeza em termos absolutos, não é requisito para julgar. Basta que, segundo o juízo comum do *homo medius*, a probabilidade seja tão grande que os riscos de erro se mostrem suportáveis.[...] O juiz que pela obsessão da verdade considerasse inexistentes os fatos afirmados, somente porque algum leve resquício de dúvida ainda restasse em seu espírito, em nome dessa ilusória segurança para julgar estaria com muito mais frequência praticando injustiças do que fazendo justiça.” Dinamarco, ob. cit., p. 81.

processo. A instituição esporádica de regras para situações específicas tem um impacto muito curto sobre o juízo de fato, porque se restringe a orientar a resolução de problemas determinados que surgem em absolutamente todas as decisões dessa natureza. Enquanto tais situações encontram critérios de amparo à decisão, a ausência de regras legais deixa à *prudente apreciação* do juiz toda avaliação necessária a decisão.

Salvatore Patti resume a preocupação existente sobre essa dificuldade do livre convencimento. Em texto bastante estudado pela doutrina brasileira, expõe a má compreensão desse modelo e, principalmente, os óbices que encontram para subsidiar as decisões judiciais em termos que superem o mero subjetivismo. Para o autor italiano, os termos da cognição dos fatos professados pela investigação judicial acaba frustrando os propósitos essenciais para os quais o livre convencimento foi criado:

“O que realmente ocorre quando o juiz reconhece a veracidade e a relevância de alguns meios de prova e todavia a persistência da dúvida impede a formação de seu convencimento? Uma vez que o juiz deve necessariamente decidir, não advindo o convencimento – se afirma – deve aplicar a regra de ônus da prova, respondendo a demanda ou a exceção. Dessa maneira, entretanto – e nessa constatação pode estar o ponto de partida da teoria a qual se fez alusão – o juiz destrói o processo de avizinhamento da verdade que de um modo ou outro se construiu e se filia a uma regra [de ônus da prova] que, por ter um fundamento bem preciso, recorrendo às ditas circunstâncias ainda menos garante a prevalência da verdade.”²⁶ [...] No nosso ordenamento a decisão do juiz sobre o fato *probandum* aparece definitivamente ligada a seguinte alternativa: formação do convencimento ou aplicação da regra de ônus da prova. Nos casos nos quais o juiz, portanto, mesmo constatando que as provas produzidas indicam uma certa direção, não se sentem convencidos da ‘verdade’, são obrigados por assim dizer a um passo adiante, recomeçando do zero e aplicando a regra do ônus da prova. Consequentemente, por exemplo, o autor que tenha produzido alguma prova em grau de demonstrar a verossimilhança do fato, mas não de maneira que vença a possibilidade de dúvida do juiz, vê repelida sua demanda.”²⁷ [tradução livre]

²⁶ “Cosa accade infatti quando il giudice riconosce la veridicità e la rilevanza di alcuni mezzi di prova e tuttavia la persistenza del dubbio impedisce il formarsi del suo convincimento? Poiché il giudice deve comunque decidere, non essendo pervenuto al convincimento – si afferma – deve applicare la regola sull’onere della prova, respingendo la domanda o l’eccezione. In tal modo però – ed in tale constatazione può ravvisarsi il punto di partenza delle teorie in cui si è fatto cenno – il giudice distrugge il processo di avvicinamento della verità che comunque in una certa misura era stato compiuto e si affida ad una regole che, pur avendo un ben preciso fondamento, ricorrendo le sudette circostanze ancor meno garantisce la prevalenza della verità.” PATTI, Salvatore. Libero convincimento e libera valutazione delle prove. *Revista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, ano XL, n. 3, luglio-settembre, 1985, p. 495.

²⁷ “Nel nostro ordinamento la decisione del giudice sul fatto probandum appare in definitiva legata alla seguente alternativa: formazione del convincimento o applicazione della regola sull’onere della prova. Pertanto, Nei casi in cui Il giudice, pur constatando che le prove prodotte spingono in una certa direzione, non

§8. *Limites da discussão sobre o convencimento.* São muito limitadas as discussões existentes na reflexão processualista que possibilitem critérios para o controle da apreciação judicial de provas. Como se percebe, o juízo de decisão dependeria de um convencimento quase impossível de justificar aos olhos dos jurisdicionados que, desistindo de compreender a cognição judicial, repetem resignados: “*o juiz assim entendeu*”. Sobre essa preocupação, a técnica processual, tal como reiteradamente proposta, nada tem a dizer senão que é um custo calculado decorrente da tentativa de se fazer um processo mais apto ao descobrimento da verdade.

A decisão em matéria de fato fica sem parâmetros para se pautar, pronta para abdicar de reflexões sobre sua racionalidade e da repercussão que tais fórmulas teriam para a engenharia das instituições processuais relacionadas. A ausência dessas discussões passa uma impressão indesejável sobre o papel do juiz na valoração da prova, normalmente vinculada ao livre convencimento. Dizer que o juiz deve se pautar pela razão ou pela verdade, *tout court*, soa absurdamente ingênuo diante da diversidade de abordagens que esses conceitos suscitam.

Permanece sem resposta a questão da decisão em matéria de fato, pois, diante das ferramentas disponíveis na dogmática, não se pode precisar nem como o conhecimento dos fatos deve ocorrer, nem como é possível determinar que as informações disponíveis sejam suficientes para subsidiar uma conclusão positiva ou negativa quanto as hipóteses sustentadas nesse particular. Resta indubitável que, sem reflexões sérias quanto a racionalidade do convencimento sobre os fatos, a decisão estaria sempre exposta a manipulações ilegítimas das pressões às quais o Judiciário é naturalmente submetido, como centro de resolução de conflitos importantes e de efetivação de valores da sociedade contemporânea.

2.2 *Orientações insuficientes para o juízo de fato.*

§9. *Necessidade de critérios de avaliação de provas.* Não fosse somente a debilidade de uma teoria da prova que não discute seus próprios fundamentos, é preciso ressaltar que são esporádicos na dogmática jurídica critérios de orientação para as decisões em matéria de fato.

perviene al convincimento della ‘verità’, compie per così dire un passo indietro, ripartendo da zero Ed applicando la regola sull’onere della prova. Conseguentemente, ad esempio, l’attore che purê aveva prodotto alcune prove in grado di dimostrare la verossimiglianza del fatto, ma non tali da vincere ogni possibile dubbio del giudice, vede respinta la sua domanda.” Ibid., p. 497.

Centrada no convencimento dos juízes em decisões dessa natureza e prestigiando a suposta vantagem que essa solução carrega na busca pela verdade, a *epistemologia social* virou as costas para algo que era bastante comum no modelo das provas legais: *critérios axiológicos de avaliação das provas*.

De certa maneira, parece que a confiança depositada na capacidade investigativa dos fatos pela relação processual e a liberdade de apreciação de seus resultados pelo juiz seria capaz alcançar graus seguros de probabilidade e assim poderia deixar de lado uma necessidade antes latente de se avaliar os *riscos sociais* contidos em cada conflito jurídico a ser decidido.

Alex Stein observa, com precisão, esse problema do modelo da prova livre. Em obra recente, ressalta a separação que se verifica entre questões epistemológicas e axiológicas resultantes dessa percepção inadequada da valoração da prova e da decisão em matéria de fato, amplamente deficiente em matéria de alocação dos riscos sociais da decisão. É fundamental perceber os termos dessa intersecção para se obter resultados satisfatórios nesse campo:

“Para ser justificável, o regime da prova livre precisa sustentar a separação entre o axiológico e o epistemológico. Esse regime também precisa conseguir marginalizar a presença de escolhas axiológicas nas investigações sobre fatos no processo de adjudicação. Especificamente, precisa manter um justificável sistema de investigação onde a alocação do risco de erro é função residual dos juízes, ao invés de prevalente. [...] A idéia de prova livre sustenta que os juízes podem e devem determinar a relevância e peso das provas – a força probatória combinada dos elementos trazidos aos autos – sem se valer de argumentos axiológicos. Investigação dos fatos e preferências axiológicas são, a partir dessa teoria, mantidos em separado. Valores morais, na extensão que a lei os reconhece e os promove – e quanto mais colidem com verdades empíricas – podem afetar as decisões do juiz. Esses valores, entretanto, não contêm preceitos para investigação em si. A racionalidade intrínseca da investigação é, e deveria continuar, puramente epistêmica. Essa separação entre o axiológico e epistemológico é essencial para sustentar a liberdade probatória. Sem essa separação, o regime de prova livre restaria embasado em teorias dúbias e legitimação política que atribuiria a juízes e jurados o poder de decidir casos pela aplicação de seus valores privados.”²⁸ [tradução livre]

²⁸ “To be justifiable, the regime of free proof needs to sustain its separation between the moral and the epistemological. This regime also needs to succeed in marginalizing the presence of moral choices in adjudicative fact-finding. Specifically, it needs to maintain a justifiable system of fact-finding in which allocation of the risk of error is residual, rather than pervasive, function that adjudicators perform. [...] The idea of free proof maintains that fact-finders both can and should determine evidential relevancy and weight – the agglomerated probative force of the evidence – without resorting to value-preferences. Fact-finding and value-preferences are thereby maintained in segregation. Moral values, to the extent that the law recognizes and enforces them – and as much as they clash with the ascertainment of empirical truths – may affect the

No sistema de prova legal, a busca por mecanismo de dosagem e regulação do risco referente ao juízo de fato teria por objetivo criar critérios de decisão capazes de orientar, em alguma medida, a atividade jurisdicional, agregando aos esforços epistemológicos instrumentos válidos para uma decisão que considere as limitações do conhecimento e os interesses envolvidos nas questões jurídicas.

Os ordenamentos jurídicos vigentes tentam mesclar as características do livre convencimento com a tutela do risco viabilizada por institutos regras legais, ainda que de maneira parcial. Expressões como presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII)²⁹ ou presunção de veracidade dos atos da administração³⁰, dentre outras, referem-se, especificamente, a esse tipo de critério de orientação das decisões em matéria de fato existente em diversos ordenamentos com a mesma finalidade.

Entretanto, essas expressões constantes do ordenamento caem em total descrédito quando consideradas sob aquela perspectiva tradicional da avaliação da prova, cuja racionalidade de sua valoração não é discutida e encontra extrema dificuldade em ser medida considerando que o critério final de decisão acaba recaindo sobre a percepção do juiz. Essa a razão das controvérsias acerca da utilidade desses institutos e certa relutância da doutrina em reconhecer tais critérios como elementos importantes à justificação do juízo de fato e para legitimação das decisões referentes às diversas questões jurídicas submetidas à apreciação do Judiciário. Num regime que considera as necessidades inerentes à

outcomes of adjudicators' decision. These values, however, do not contain precepts for fact-finding itself. The inner rationality of fact-finding is, and should remain, purely epistemic. This separation between the moral and the epistemological is essential for sustaining freedom of proof. Without this separation, the regime of free proof would rest on rather dubious theory and political legitimacy that empowers judges and jurors to decide cases by applying their private values." STEIN, Alex. *Foundations of evidence law*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 118-119.

²⁹ A noção de presunção de inocência, normalmente relacionada com o referido dispositivo da Constituição Federal que veda qualquer tipo de restrição penal até o trânsito em julgado da sentença condenatória, detém outros significados relacionados a questão da prova. A doutrina penal comumente relaciona tal princípio à impossibilidade de se atribuir ao acusado o ônus de provar e à norma *in dubio pro reo* que concede ao acusado o benefício da dúvida. O texto se refere em especial a essa última hipótese que reflete exatamente o critério de orientação da decisão que tutela o risco social na medida em que sustenta ser melhor que vários culpados sejam considerados inocentes do que um só inocente seja considerado culpado. Cf. JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 206 e seguintes; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. *Ônus da prova em processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 293 e seguintes.

³⁰ Hely Lopes Meirelles identifica essa presunção como atributo do ato administrativo independentemente de norma legal que a estabeleça, pois seria uma consequência direta do princípio da legalidade que "responde a exigências de celeridade e segurança das atividades do Poder Público, que não poderiam ficar na dependência da solução de impugnação dos administrados, quanto à legitimidade de seus atos, para após dar-lhes execução". MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993; p. 141.

epistemologia social, critérios como esse tem utilidade primordial a qual deve ser sempre considerada.

Tais instrumentos de orientação do juízo de fato partem de valores positivados em regras jurídicas como desdobramentos coerentes do que prevêem em seu conteúdo, decorrentes, seria possível dizer, das disposições reservadas à preservação de valores considerados importantes pelo direito. Os cálculos de risco fazem parte da racionalidade do direito contemporâneo justamente diante do reconhecimento das limitações das atividades investigativas que subsidiam as decisões práticas, reduzindo-se às pretensões de legitimação pelo descobrimento dos fatos. Não é absurdo propor situações em que esses mecanismos devem tomar um papel central na decisão de diferentes questões jurídicas decorrentes do mesmo fato, apresentadas pelos mesmos elementos, mas julgadas de maneira contrária equilibrando os influxos que precisam ser levados em conta pelo processo.³¹

As situações contempladas por essa regulamentação do risco são cada vez mais comuns na prática dos julgamentos, especialmente em situações específicas designadas pela legislação. É por isso que se percebe que, em ações referentes ao direito do consumidor, formulou-se a inversão do ônus da prova, no intuito de distribuir em favor deste o risco da falta de elementos para comprovar a hipótese que suscita, atribuindo-lhe o dever de ser responsável por comprovações apenas em nível de verossimilhança das alegações (CDC, art. 6º, VIII). Pode ocorrer, entretanto, que o mesmo fato que gere a responsabilidade do fornecedor perante seu consumidor possa também significar um crime ou infração administrativa sobre as quais ele terá de responder. Mas nesses últimos casos, seria possível aplicar esse mesmo expediente de redução das exigências de comprovação? A resposta negativa se impõe, atestando a diversidade de alternativas para a concretização de julgamentos adequados. As inúmeras relações jurídicas que podem decorrer do mesmo fato devem orientar, conforme um específico cálculo de risco, a decisão de suas investigações de maneira totalmente distinta ainda que diante das mesmas provas.³²

Em face dessa proposição, a decisão em matéria de fato adota critérios independentes do convencimento considerando as diferentes alocações que se fazem do risco em cada situação. Ciente de suas limitações e de suas necessidades, a investigação e a

³¹ Uma aproximação do tema do direito material em relação às disposições referentes a prova podem ser verificadas em diversas obras. Cf. ROSEMBERG, Leo. *La carga de la prueba*. 2ª. Ed. Trad. Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002; MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1961. Mais recentemente, com foco no direito do consumidor, cf. SANSONE, Priscila D. A inversão do ônus da prova na responsabilidade civil. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 40, p. 129-169.

³² Sobre a redução de exigências quanto a verdade dos fatos, cf. Marinoni, ob. cit., p. 204-216.

decisão sobre os fatos relacionados a uma discussão jurídica não têm como abdicar desse cálculo de risco para apresentar resultados legítimos. Diante das dificuldades do convencimento, a epistemologia social necessita e sempre necessitará se reportar ao custo do erro em suas decisões como um elemento imprescindível do desempenho de suas tarefas. Resta ao processo incorporá-la adequadamente.³³

3. Hipótese: Critérios de suficiência para o juízo de fato

§10. *Idéia central.* Diante de tudo o que foi apresentado, há de se reconhecer que as decisões judiciais em matéria de fato se expõem a seríssimas objeções quanto a sua legitimidade por não encontrar mecanismos aptos a exercer, satisfatoriamente, o controle de suas conclusões adequadas a essa noção de epistemologia social. A proposta desse trabalho é investir sobre esse problema com base de reflexões teóricas e dogmáticas, na tentativa de organizar instituições que orientem de modo mais adequado esse capítulo da decisão judicial. Partindo de uma abordagem da discussão sobre fatos calcada em características de racionalidade prática, a idéia central é introduzir *critérios de suficiência* incidentes sobre o juízo de fato com o intuito de orientar as decisões não apenas conforme a avaliação epistemológica adequada, mas também considerando os riscos sociais calculados no âmbito das regulamentações jurídicas.³⁴

³³ A expressão “epistemologia social” é utilizada por Frederick Schauer para identificar a complexidade das análises que devem envolver a decisão prática dentre as quais se situam as questões jurídicas levadas ao debate mediante processo judicial: “Questions of legal procedure not only touch the enduring issues of epistemology, but also the associated questions of social and moral philosophy that pertain to issues of knowledge. This intersection between questions of epistemology and questions of moral, political and social philosophy is a new area of philosophical inquiry often called *social epistemology*. When we take up social epistemology, we consider the ways in which questions of truth and its determination may intersect closely with normative factors.” SCHAUER, Frederick; SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. *The philosophy of law: classic and contemporary readings with commentary*. New York/Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 931. Trata-se de um conceito que se volta a busca da verdade em contextos de juízos práticos e assim devem levar em conta critérios que compatibilizem as racionalidades utilizadas para resolução do problema.

³⁴ Parte-se de um conceito amplo de razão que permite sustentar a tese de que questões práticas podem e devem ser decididas racionalmente, de acordo com características específicas desse tipo de abordagem. As discussões práticas são aquelas respondem a pergunta “o que devo fazer?”, aplicável às diversas ocasiões em que se demanda definição sobre o curso de ação a ser tomado diante de um problema. Não são racionais apenas as argumentações que pugnam pela validade lógica, mas também aquelas que se referem à prática no sentido de que podem ser decididas pela força do melhor argumento em face de seus opositores. O direito seria um caso especial de utilização da razão prática e o processo judicial, um subitem da argumentação jurídica. Esse pressuposto determina a análise que se faz dos institutos processuais, pois requer que se pautem em algum conceito de racionalidade para alcançar minimamente a legitimação dos pronunciamentos. Naturalmente, as regras do discurso prático deverão orientar as regras de seu caso especial, discurso jurídico lato sensu e discurso jurídico processual, para alcançar essa legitimação. Sobre a abordagem do direito da perspectiva da razão prática, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Introdução Cláudia Toledo; Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 2ª. Ed. São Paulo: Landy, 2005; PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado de argumentação jurídica: a nova retórica*. 2ª. Ed. São Paulo, Martins Fontes, 2008; TOULMIN, Stephen Edelston. *Os usos do argumento*. Tradução de Reinaldo Guarany. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Esse instrumento de qualificação do juízo de fato é considerado de suma importância por qualquer abordagem que se faça contemporaneamente sobre a valoração da prova. O reconhecimento das dificuldades do conhecimento racional impõe uma redução das expectativas quanto ao descobrimento da verdade dos fatos e sepulta a pretensão de investigações baseadas em juízos absolutos. Assim, se toda investigação empírica se pauta em argumentos não-definitivos, torna-se imprescindível refletir sobre o momento a partir do qual poderiam ser considerados suficientes para respaldar uma decisão responsável.

A resposta a essa reflexão varia em cada um dos casos submetidos a julgamento de acordo com motivos de ordem epistemológica, moral, ou pragmática, que repercutam na questão do convencimento, moderando das exigências de comprovação para preservar, em maior medida, os bens jurídicos tutelados. Ao invés de conferir, à consciência do juiz, o poder de dizer sobre o grau de comprovação dos fatos da causa, esses critérios seriam regulamentados de acordo com a proteção que as normas jurídicas ao bem que tutelam, conferindo-lhe uma dimensão argumentativa não apenas voltada à ânsia de conhecer a verdade dos fatos, mas em acordo com uma racionalidade prática consciente das limitações ínsitas a cognição humana e dos riscos sociais envolvidos em cada decisão. Essa tentativa propõe trazer de volta às decisões em matéria de fato elementos axiológicos importantes para sua legitimação e oferecer melhores condições de justificação para decisões dessa natureza.

§11. Desenvolvimento perante o direito brasileiro. Não se pode dizer que a idéia de critério de suficiência não guarda paralelos com institutos conhecidos do direito processual. Como visto acima, são bastante conhecidos os instrumentos de regulamentação da decisão em matéria de fato referente a matérias específicas no direito brasileiro e na tradição européia continental. Tanto nos julgamentos referentes às condenações no direito penal (presunção de inocência), crédito ao agente público em suas autuações (presunção de veracidade da ação administrativa), causas em que o consumidor se encontra inferiorizado em termos de comprovação de suas alegações (verossimilhança das alegações para inversão do ônus da prova) ou diante da necessidade de cognição sumária em face de situações urgentes (*fumus boni iuris* e prova inequívoca), há instrumentos que orientam a atividade cognitiva, funcionando como uma espécie de medida da comprovação para guiar a decisão.

Diante de uma noção de comprovação restrita ao convencimento do magistrado, esses mecanismos funcionam como elementos de redução ou incremento das exigências cognitivas para uma decisão no processo judicial, acompanhando determinadas justificativas

do que é necessário em cada caso. Assim, seria adequado afirmar que medidas de urgência, baseadas em cognição sumária, devem ser autorizadas não obstante a ausência de uma comprovação definitiva da hipótese levantada. A gravidade da condenação penal e o interesse em manter a autoridade dos agentes públicos também seriam elementos capazes de subsidiar, segundo a legislação, a diferenciação das expectativas quanto à decisão em matéria de fato, tornando-a mais exigente. A inversão do ônus da prova em favor do consumidor operaria como uma espécie de moderação das exigências de comprovação de suas alegações, fazendo com que se desincumbia mais facilmente desse requisito para obter provimento favorável.

Essas expressões, entretanto, mesmo sendo importantes para a legitimação da decisão sobre fatos, não modificam o critério geral de convencimento enraizado nas normas processuais, perpetuando, na grande maioria dos casos, os problemas diagnosticados acima. Restritas a casos específicos, fazem pensar que tais critérios somente têm lugar em situações esporádicas, como anteriormente ressaltado, nas quais as investigações empíricas não fossem capazes de conduzir ao descobrimento da verdade pelo juiz através dos diversos instrumentos que o processo coloca a sua disposição. De forma alguma essas regras funcionam como alternativas ao convencimento judicial, apenas consubstanciam situações específicas e residuais nas quais se faz conveniente maior atenção na consideração dos fatos conforme a importância dos bens jurídicos envolvido.

A utilização desses critérios de suficiência é feita em outro patamar no direito americano pela utilização daquilo que se designa por “*standards of proof*”, sempre ressaltados nos estudos referentes ao ônus da prova. Trata-se da imposição de graus de confirmação a todos os juízos de fato, na medida em que vincula a utilização da regra de ônus da prova a partir de comprovações orientadas por expedientes dessa natureza. Esses standards são apresentados em expressões bastante familiares como “*prova além da dúvida razoável*”, “*prova clara e convincente*”, “*prova preponderante*”, dentre outras que servem para alocar ou realocar o ônus da prova em cada situação jurídica. Assim, a instituição desses mecanismos funcionaria em todas as investigações empíricas de modo a conduzir o julgador na avaliação da prova atribuindo-lhe uma espécie de mínimo de confirmação para aceitar a hipótese de fato formulada.³⁵

Ao contrário dos ordenamentos jurídicos trabalhados conforme a tradição continental, essa utilização dos critérios de suficiência do direito estadunidense tem um

³⁵ CLERMONT, Kevin M. Procedure's magical number three: psychological bases for standards of decision. *Cornell Law Review*, n. 72, vol. 1115, 1987, p.1119-1120.

impacto importante sobre os mecanismos de orientação da decisão judicial em matéria de fato. Partindo da configuração de seus institutos, parece que, antes de postular o convencimento do julgador como critério último de decisão, entende ser possível identificar diversos graus de comprovação das questões empíricas que recomendariam ou não o reconhecimento de hipóteses de fato em cada questão jurídica. Com isso se propõe uma decisão pautada sobre os graus de comprovação dos fatos, que variam conforme a expressão dos riscos sociais tal como percebidos pelo direito.

Absolutamente todos os casos teriam de considerar esse tipo de raciocínio. Mesmo diante de situações normais de igualdade das partes, como são verificadas nos processos civis referentes a questões meramente patrimoniais, haveria escolhas a serem feitas quanto ao manejo das incertezas decorrentes do processo. Dizer, por exemplo, que o autor tem sempre o ônus de apresentar provas cabais sobre suas afirmações de fato pode criar-lhe um passivo exagerado, contrário à distribuição dos riscos sociais cristalizadas nas regras jurídicas.

Nesse espírito, os critérios de suficiência normalmente estabelecem para esse tipo de questões submetidas ao processo civil um grau mínimo de probabilidade a ser satisfeito para a proclamação do convencimento. Tal critério é comumente designado por “*probabilidade preponderante*”, que é atingido a partir do momento em que determinada hipótese deixa de ser uma mera possibilidade para se tornar provável. Esse termo indica não somente que a hipótese é factível, mas que tem indicadores seguros de que há mais razões para acreditar nela do que não acreditar, além de viabilizar uma comparação com as hipóteses rivais. Assinar qualquer outro “*standard*” a uma situação na qual haja condições de igualdade entre as partes, sem justificativas específicas, soa arbitrário, por renegar a confirmação e seleção das hipóteses mesmo quando aparecem como os melhores discursos para explicar a situação em relação aos outros.³⁶

O critério de probabilidade prevalente implica afirmar que entre as diversas hipóteses possíveis em torno de um mesmo fato deve-se preferir aquela que encontra com o grau mais alto de probabilidade. Isso desde que tal hipótese seja comprovadamente mais provável que tenha acontecido do que o contrário. Dito de outra forma: diante de duas hipóteses concorrentes graduadas entre 70% e 60% de confirmação, é preciso escolher a

³⁶ Sobre a probabilidade preponderante, Taruffo explica que se trata de *standard* que emerge em nível normativo com o objetivo de analisar o conjunto probatório para identificar quais leituras são prováveis e quais não são sobre o fato da causa. Relata que em muitos ordenamentos, trata-se de um critério racional para eleição das decisões sobre fatos da causa. Cf. TARUFFO, Michele. Conocimiento científico y estandares de prueba judicial. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Distrito Federal de México: Universidad Autónoma de México, ano/vol. XXXVIII, n. 114, 2005, p. 1297-1298.

primeira. Entretanto, somente é possível escolher entre hipóteses minimamente comprovadas, cuja representação nesse esquema supere 50%. Assim, além da avaliação comparativa de probabilidade, há um standard de grau mínimo que é necessário à aquisição da premissa de fato.³⁷

Se, por um lado, parece desejável que o critério da probabilidade preponderante seja eleito como uma consequência da igualdade entre as partes, nada impede que em situações específicas nas quais as partes são rigorosamente iguais, os riscos da demanda sejam redistribuídos considerando algum argumento legítimo. Isso é o que ocorre através das presunções específicas, tais como aquelas demonstradas anteriormente, que alteram o critério de comprovação alocam de maneira adequada o ônus da prova.³⁸

O critério da probabilidade preponderante e suas exceções, todavia, não são suficientes para dar conta de todos os juízos de fato subjacentes às inúmeras formas de relações jurídicas compreendidas contemporaneamente. Apesar de ser um elemento de legitimação adequada à decisão em certas condições, tal critério reparte igualmente os riscos pelos erros judiciais entre os litigantes, o que não é aceitável, considerando a proteção provida ao ordenamento a alguns bens jurídicos específicos.

Uma das formas de conferir proteção aos bens jurídicos é justamente distribuir desniveladamente, os riscos do erro judicial, atribuindo à proteção do bem jurídico, em diferentes graus, o benefício da dúvida. A assertiva é facilmente corroborada quando se considera, por exemplo, a relação jurídico-penal, em que as garantias fornecidas ao acusado para proteção de seu bem jurídico acabam por refletir também na distribuição do risco do erro judicial. Somente é possível aceitar uma condenação quando houver uma total comprovação da acusação, sendo o ônus da prova integralmente suportado pela acusação.

O objetivo desse critério de comprovação é impedir a condenação pelo juiz penal em casos que não se tenha alta confirmação de sua culpabilidade, devendo ser absolvido quando houver dúvidas razoáveis. Trata-se de critério probatório de elevado grau de dificuldade, pois, no processo penal, são identificadas garantias ímpares ao acusado. É exatamente assim que se estrutura o standard probatório aplicado ao direito penal, chamado além da dúvida razoável, como se depreende de incontáveis estudos e casos da prática americana, repetido com incontáveis outras designações em diferentes legislações. Eis o

³⁷ Utilização do percentual é meramente ilustrativa como esquema de funcionamento da probabilidade preponderante, tendo esse expediente didático sido utilizado também por Taruffo no texto citado na nota anterior. Idem, p. 1285-1312.

³⁸ Nesse sentido, cf. BARBOSA MOREIRA. José Carlos. As presunções e a prova. In: *Temas de direito processual – 1a. série*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

conteúdo do “*in dubio pro reo*”, cuja sistemática se pretende identificar e relacionar com a teoria da prova.³⁹

De acordo com o direito material e com a proteção dos bens jurídicos neles relacionados, esses graus se assemelham mais a um ou outro critério de suficiência, sendo certo que o desenvolvimento pode ser feito das mais diversas maneiras, não havendo formulações pré-estabelecidas necessárias, assumindo formas intermediárias entre essas duas formulações exemplificadas como o mínimo e o máximo que esses critérios podem alcançar. Dessa maneira, é possível postular critérios de suficiência distintos para os casos referentes a relações de trabalho ou à proteção do interesse do menor, os quais devem regular a questão da comprovação *pari passu* aos riscos absorvidos na regulamentação jurídica.

Assim, a atribuição da distribuição do risco é algo que se pode presumir das características da relação jurídica subjacente ao processo, com o objetivo de minimizar a importância do erro judiciário. Os riscos são repartidos conforme a proteção que se atribui dos bens jurídicos, atribuindo-lhes o benéfico da dúvida em diversos graus. É certo que isso não significa que se está abandonando o ideal de legitimação do processo ao buscar a verdade e a validade dos fatos em questão, mas reconhece as dificuldades de uma comprovação definitiva dos fatos da causa e lida, abertamente, com a hipótese de gerenciamento das incertezas.⁴⁰

Os critérios de suficiência, tal como apresentados, operam como *topoi* para o raciocínio probatório: tem valor argumentativo para identificar a suficiência da prova. O conteúdo de cada uma das espécies apresentadas não é cabalmente determinado, mas é percebido mediante a comparação com outras categorias do mesmo tipo. É uma espécie de argumento que busca submeter ao contraditório toda a decisão formulada nesse particular, atribuindo parâmetros para que essa discussão seja travada. Danilo Knijnik atribui a esses critérios o papel de “*viabilizar a correção judicial dos erros cometidos e principalmente, evitar que os sujeitos processuais sejam expostos a qualquer forma de arbítrio no terreno probatório e no uso do livre convencimento.*”⁴¹ São elementos voltados à argumentação adequada das conclusões empíricas, ao agregarem a consideração dos riscos envolvidos em cada decisão judicial.

³⁹ Cf. nota n. 29 supra.

⁴⁰ ALLEN, Ronald J.; CALLEN, Craig R. Judicial management of factual uncertainty. *The international journal of evidence & proof*. vol. 7, 2003, p. 1-30.

⁴¹ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 46.

Não obstante esse tipo de solução tenha um potencial importante de legitimação das decisões sobre fatos, está dentre os institutos menos compreendidos do direito processual. Tradicionalmente, aqui ou alhures, o debate que postula a aplicação desses critérios de suficiência da prova esbarra na falta de subsídios teóricos quanto a identificação dos graus de comprovação. Não havendo uma noção precisa sobre o que significa valoração da prova, é impossível a utilização adequada desses critérios. Até o presente, esses institutos são concebidos e operados de maneira meramente pragmática, descontinuada, sem questionar seu papel na epistemologia social. Argumentar sobre a suficiência da comprovação exige uma teoria sobre conhecimento, razão e verdade, da qual, nem sempre, a reflexão processualista se dá conta.

§12. Planejamento de apresentação. Nas páginas a seguir, pretende-se desenvolver a noção de critérios de suficiência que oferecem solução promissora para a racionalização da decisão em matéria de fato que não é satisfatoriamente compreendida pela versão continental do livre convencimento. Partindo de reflexões sobre a epistemologia da decisão judicial, busca-se afirmar a necessidade desses critérios quanto ao juízo de fato e abrir caminho para sua utilização cada vez mais adequada. Somente após o estabelecimento desse tipo de premissas teóricas, será possível tratar dos aspectos dogmáticos desses critérios, verificando a possibilidade de inseri-los em sistemas jurídicos como o brasileiro.

Para dar curso a essa proposta, o trabalho foi planejado em dois momentos distintos.

Na primeira parte, o objetivo é afirmar a necessidade da existência dos critérios de suficiência para as investigações desenvolvidas nos processos judiciais considerando de sua natureza prática. A partir das noções mais importantes de valoração da prova, devidamente relacionadas com suas matrizes filosóficas, restam indubitáveis as dificuldades do juízo de fato para alcançar conclusões definitivas especialmente no processo. Diante disso, haveria a necessidade de se lidar, de maneira permanente, com incertezas que não encontram regulamentação no modelo de prova livre senão pela doutrina dos critérios de suficiência. A criação dessa alternativa parece fundamental para explorar as opções do juízo de fato no campo argumentativo. Assim, a teoria da decisão jurídica, amplamente desenvolvida quando aos pressupostos normativos de sua racionalidade, amplia suas ferramentas em direção aos pressupostos empíricos na esperança de melhor justificá-los.

Na segunda parte, pretende-se situar os critérios de suficiência dentre os mecanismos de distribuição do risco, quanto ao erro de fato no direito brasileiro, e relacionar

tais instrumentos com os institutos do direito probatório, propondo alternativas de compatibilização entre eles. Para cumprir com esse objetivo, a estratégia é revisar diversos posicionamentos e institutos do direito probatório, considerando a necessidade dos critérios de suficiência estabelecida na parte anterior. Considerando essa estratégia, abre-se a possibilidade de explorar a forma de utilização desses critérios especialmente em relação a outras estratégias propostas pelo direito probatório.

Assim, a concepção sobre a prova acaba sendo redefinida pela consideração mais detalhada do raciocínio que enseja, numa clara expressão da distribuição dos riscos do erro judiciário de modo a favorecer objetivos especificamente almejados pelo direito. Nesse particular, a doutrina também vem se manifestando coerentemente, ao verificar casos de inversão do ônus da prova, com fundamento nas consequências processuais das regras de distribuição do risco probatório.⁴²

§13. Perspectiva de análise. Na encruzilhada da teoria do conhecimento, teoria da decisão, direito processual e distribuição dos riscos inerentes às regulamentações jurídicas, esse trabalho almeja discorrer sobre a dogmática do juízo de fato de uma perspectiva predominantemente analítico-normativa. Dentre as diversas maneiras possíveis de apresentação da teoria dos critérios de suficiência, priorizou-se aquela capaz de justificá-lo como imperativo da epistemologia judicial que agregaria maior potencial de racionalização às reflexões jurídicas. Ao incidir sobre a maneira acríica com a qual se constroem os juízos de fato que se pode postular uma nova compreensão de institutos do direito probatório, de modo a proporcionar uma concretização do direito mais adequada a sua natureza de conhecimento prático.⁴³

A partir da análise das dificuldades dogmáticas, o trabalho tenta apresentar alternativas que questionam seus fundamentos para, em seguida, propor uma revisão mais adequada de seus institutos. Considerando o direito brasileiro como elemento central para análise dogmática, tanto na identificação de seus problemas quanto na relação com o sistema das regras envolvidas, apresenta-se uma reflexão sobre a estrutura do raciocínio de fato, que tem, como consequência, o redimensionamento das regras que orientam sua determinação no processo judicial, em especial diante da matéria ambiental. O objetivo é propor

⁴² DIAS, Jean Carlos. A repercussão processual dos princípios ambientais prudenciais no ônus da prova nas ações ambientais. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Oliveira Rocha, n. 29, 2005, p. 67-74.

⁴³ Alexy, ob. cit., p. 45.

alternativas às construções consagradas, tentando suprir as dificuldades identificadas de perto.

É somente diante de uma concepção integrada dos âmbitos de desenvolvimento da dogmática jurídica que o direito poderá caminhar para sua plena realização. Nessa perspectiva, o processo deixa de ser estudado somente como conjunto normativo de leis específicas, mas como caminho racional de discussão e concretização do direito. Essa abordagem dos assuntos jurídicos só tem a beneficiar sua prática: aceitar ou rejeitar o que se propõe é o que menos importa, diante da necessidade de se debater e revisar sempre as justificativas pelas quais as regras jurídicas são seguidas.

4. Justificativa: Relevância do tema para o direito processual

§14. Legitimação das decisões em matéria de fato. Ao se propor o estudo mais detalhado da dogmática do juízo de fato nos processos judiciais, está-se buscando um desenvolvimento desse ramo do direito no sentido de proporcionar, às decisões que dele resultam, um patamar razoável de aceitabilidade. A intenção é discutir os rumos do processo em face dos influxos que recebe das discussões sobre a razão subjacente à decisão jurídica. Trata-se de um viés de análise algo subestimado, mas imprescindível para a compreensão geral das normas que regulam o juízo de fato na dogmática processual, tentando revisar os fundamentos sobre os quais foram construídos no intuito de alcançar a legitimação de suas decisões.

Diz-se que essa proposta é um pouco subestimada em sua importância, porque as discussões conduzidas pelos estudos de direito processual da atualidade se restringem, quase exclusivamente, à questão da efetividade de seus mecanismos, enfatizando os resultados sociais que o direito precisa alcançar.

Essa abordagem é particularmente importante para o direito processual, na medida em que seu primeiro desenvolvimento contemplou um exagerado conceitualismo, cujo fetiche criou obstáculos à realização da tutela jurisdicional. A idéia de acesso à justiça teve e tem o intuito de inverter tal prioridade, passando a trocar a primazia da construção de conceitos pela da busca de resultados. Tal enfoque metodológico revolucionaria o estudo do processo com grande impacto sobre todas as suas dimensões.

A atenção aos resultados pode ser apreendida a partir da consideração de aspectos sociológicos que constataam uma dificuldade geral dos sistemas judiciais em prover, aos seus cidadãos, conclusões satisfatórias à resolução de conflitos prometida pelo Estado moderno. Segundo um estudo tradicionalmente referido nos trabalhos sobre efetividade

processual, a falha em garanti-la se deve a diversas causas, dentre as quais destacam as barreiras econômicas e culturais, que impossibilitam a preservação da igualdade formal entre as partes, uma aplicação de seus institutos de maneira incoerente com os fins que lhes são atribuídos, além da insensibilidade da jurisdição e do processo a direitos coletivos voltados a questões vitais do mundo contemporâneo. Daí a proposição das conhecidas ondas renovatórias do direito processual que visaram a combater os problemas apontados.⁴⁴

A compreensão dos problemas da efetivação do direito através do processo encontrou ambiente favorável na argumentação relacionada ao Estado Social, acompanhada de uma perspectiva toda peculiar sobre o fenômeno jurídico. Sem descuidar da noção moderna de direito positivo, tal entendimento agregou outra dimensão às suas reflexões. O direito, que tinha compromisso apenas com sua estrutura formal pura e simplesmente, passa a investigar, também, a função que desempenha na sociedade e os modos para atingi-la. Essa consideração impõe um vetor teleológico às construções jurídicas, tornando possível a abordagem sobre as finalidades da legislação e a busca de meios para alcançá-los.⁴⁵

A partir desse pressuposto, o processo passa a ser entendido como instrumento de aplicação do direito material, mas também voltado para a própria eficácia social e à legitimidade política de suas decisões.⁴⁶ Com essa mudança de perspectiva, emergem assuntos cujo desenvolvimento se faz primordial, como a reconstrução da técnica processual em consonância com seus objetivos.⁴⁷ Daí o porquê da grande modificação da legislação processual e as sucessivas reformas a que se submete a organização do Poder Judiciário no sentido de atender esses princípios.⁴⁸

⁴⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 15-29 e 75-159.

⁴⁵ A parte central desse argumento do argumento sobre a função do direito, ver BOBBIO, Norberto. Análise funcional do direito. In: *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. São Paulo: Manole, 2006. O desenvolvimento dessa noção de direito, mesmo nessa formulação filosófica é demasiado incipiente. Não se cuida de uma legitimação democrática do poder jurisdicional por qualquer modo diferente dos fins que pretenderia alcançar. Havia certa insensibilidade do poder estatal em relação às suas próprias limitações, negligenciando a autodeterminação de cada um ao buscar as finalidades sem uma revisão eficaz.

⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.188-192.

⁴⁷ Sobre a relativização do binômio direito-processo na perspectiva da instrumentalidade, cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: a influência do direito material sobre o processo*. 2ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 15-18.

⁴⁸ Essa compreensão do direito processual parece atingir diversos setores do pensamento jurídico brasileiro. Na avaliação dos magistrados, um dos maiores responsáveis pela falta de agilidade do sistema judicial são as “formas processuais”, considerada uma das causas relevantes ou muito relevantes da morosidade processual por 83.4% dos juízes de todo o país, conforme pesquisa da Armando Castelar Pinheiro sobre a reforma do Judiciário. Segundo o mesmo estudo, 78% dos juízes entrevistados acreditam que o sistema processual confere muitas possibilidades de protelar as decisões. O formalismo processual seria a segunda causa mais importante para contribuir ao mau funcionamento do Judiciário, perdendo apenas para a falta de recursos materiais destinados a essa prestação estatal. Cf. PINHEIRO, Armando Castelar. *Judiciário, reforma e economia: a*

§15. *Decisionismo como perigo da ânsia por efetividade.* No entanto, a ânsia pelo ideal de efetividade pode conduzir a distorções as quais o processo não pode acomodar. Talvez o mais preocupante dos desdobramentos das formulações referentes à efetividade processual seja o papel que se atribui ao juiz.⁴⁹ Ainda que seja proclamado como mero diretor do processo que não se sobrepõe às partes, devendo respeito aos seus direitos de participação e contraditório, o juiz é considerado o elo sensível do processo para veiculação das tensões políticas e sociais ao seu interior.⁵⁰

A legitimação das decisões seria amparada, não somente nos dados objetivos da legislação e das provas levantadas, mas, também, nas garantias de investidura e imparcialidade do juiz e participação das partes.⁵¹ Nenhum desses controles, entretanto,

visão dos magistrados. Disponível em <<http://epge.fgv.br/pt/files/1462.pdf>>; Acesso em: 20/07/2009. p. 14, 16 e 19. Cf. BENETI, Sidnei A. Falam os juizes na pesquisa da AMB in SADEK, Maria Tereza (org). *Magistrados: uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 103-104.

A falta de efetividade do processo gera ainda pressões por parte dos órgãos governamentais em relação a operacionalidade do processo. Relatórios do Ministério da Fazenda, por exemplo, apontam como essencial à redução de custos da recuperação de crédito no Brasil uma reforma processual que garanta cada vez mais um maior acesso à justiça, especialmente no âmbito das ações de execução, recursos e mecanismos alternativos de solução de controvérsias. É que quanto menos efetivo o processo judicial, mais cara se torna a recuperação dos investimentos feitos no país, com repercussão direta nas linhas de crédito que movimentam a economia. Cf. BRASIL. MINISTÉRIO DA FAZENDA. *Reformas microeconômicas e crescimento econômico de longo prazo*. Brasília: 2004. Disponível em <http://www.fazenda.gov.br/spe/publicacoes/reformasinstitucionais/estudos/Texto_VersaoFinal5.pdf>; Acesso em: 20/07/2009; p. 71 e seguintes.

Tudo isso culmina nos chamados “Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano” cujo conteúdo é totalmente voltado à efetividade do processo. Trata-se de um compromisso dos três poderes da república em proporcionar as reformas necessárias para conferir mais efetividade ao processo. As propostas num primeiro momento são referentes não somente ao procedimento processual, bem como a facilitação do acesso através de defensorias públicas, juizados especiais, informatização, etc. Há documento que o resume as intenções do Estado Brasileiro e as propostas de reforma a serem implementadas disponível no site do Tribunal Regional Federal da 4ª Região: <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_prog_cursos/cpc_pacto.pdf>. Acesso em 20/07/2009.

⁴⁹ Sob outra perspectiva, essa mesma constatação é feita por Botelho de Mesquita: “Atribuir à sentença outros fins que o de atuar a lei, fins que o juiz vá buscar alhures, é desnaturar a sentença e o juiz, transformando o juiz num administrador ou num legislador. E submeter o povo a uma vontade que não é a sua.” Cf. BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *Novas tendências do direito processual: uma contribuição para seu reexame*. In: *Teses, estudos e pareceres*. São Paulo: RT, v. 1 (direito de ação, partes e terceiros, processo e política), 2005, p. 281.

⁵⁰ “Examinar as provas, intuir o correto enquadramento jurídico e interpretar de modo correto os textos legais à luz dos grandes princípios e das grandes exigências sociais de seu tempo –, eis a grande tarefa do juiz, ao sentenciar. Entram aí as convicções sócio-políticas do juiz, que hão de refletir as aspirações da própria sociedade; o juiz indiferente às escolhas axiológicas da sociedade e que pretenda apegar-se a um exagerado literalismo exegético tende a ser injusto, porque pelo menos estende generalizações a pontos intoleráveis, tratando os casos peculiares como se não fossem portadores de peculiaridades, na ingênua crença de estar com isso sendo fiel ao direito. O juiz moderno compreende que só se lhe exige imparcialidade no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes e recusa a estabelecer distinções em razão das próprias pessoas ou reveladoras de preferências personalíssimas.” Dinamarco, ob. cit., p. 238-239.

⁵¹ É notório o apelo fundamental da instrumentalidade a legitimação da decisão pelo controle burocrático, sendo essa confiança na investidura e conseqüente distanciamento do juiz os principais fatores de garantia da imparcialidade. Isso fica caracterizado pela transigência que os estudiosos dessa teoria têm com os

impede que se faça do juiz o artífice único, unilateral do direito. Num cenário assim, as regras processuais não seriam tão importantes, pois apenas indicariam atos de procedimento praticados em contraditório, como elemento de informação e não de construção da decisão jurisdicional.

Essa concepção de direito fica ainda mais patente quando se considera a proposta de jurisdição da qual essa concepção de processo tem como referência. Coloca-se a atividade do juiz entre a integral obediência à lei (teoria dualista da jurisdição) e uma espécie de construção solipsista da decisão (teoria unitária).⁵² Ainda que se eleja, a partir de Chiovenda, a teoria dualista, a função jurisdicional séria não conseguiria escapar do decisionismo judicial. Apesar de recorrer à interpretação da lei para legitimação do ato decisório do poder e postular sua precedência ao momento da aplicação, Chiovenda identifica, na atividade jurisdicional, um papel do juiz, controlado apenas pela própria consciência. Isso fica claro na passagem em que fala sobre o que significa identificar a vontade concreta da lei: “*Juridicamente, a vontade concreta da lei é aquilo que o juiz afirma ser a vontade concreta da lei.*”⁵³

Essa compreensão da jurisdição é a mesma postulada atualmente ao conceber a consideração do processo e da sua efetividade. Chiovenda propõe solução na qual “*processo e jurisdição-atividade-do-julgador*” são indiscerníveis,⁵⁴ prezando pela liberdade do juiz para interpretação do direito com respaldo em sua investidura e imparcialidade. O italiano reforça a autoridade dos órgãos estatais para dizer o direito e preocupa-se com o controle dos resultados provenientes dessa investidura através do controle de sua imparcialidade. Parece acreditar na suficiência da posição de distanciamento do juiz em relação à causa como critério de legitimação da aplicação do direito como dado objetivo, mas sujeito a más-compreensões por aquele que representa a entidade privilegiada responsável por sua aplicação.

pressupostos processuais, mas não com a questão da competência jurisdicional. Ao discorrer sobre a possibilidade de flexibilização de institutos processuais a partir da observância de suas finalidades, Bedaque observa o seguinte: “[As normas de competência] visam atender ao interesse público. A não-observância delas impede o desenvolvimento normal do processo; e a falha, em princípio, não pode ser relevada, tendo em vista a disponibilidade do interesse. Seja qual for o momento em que detectada, a incompetência absoluta impede o julgamento do mérito e pode causar a anulação de atos anteriormente praticados. O vício é insanável.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 106. Cf. também: SOUZA, Miguel Teixeira de. Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais: algumas reflexões sobre o dogma da apreciação prévia dos pressupostos processuais na ação declarativa. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 63, julho/setembro 1991, p. 64-83.

⁵² Dinamarco, ob. cit., p. 230 e seguintes.

⁵³ Chiovenda, ob. cit., p. 64.

⁵⁴ LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos; Editora Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008, p. 76.

Evidencia-se nessa perspectiva de jurisdição que a legitimação de sua decisão repousa, principalmente, num controle burocrático dependente da atuação do juiz. O processo seria não mais do que uma técnica posta a serviço do Estado para que se desincumbia do serviço jurisdicional a partir da apresentação do caso pelas partes. Teria papel reduzido na criação de condições procedimentais para assegurar a aceitação das decisões. É justamente por causa da insuficiência desse mecanismo que a formulação mais recente confere tanta ênfase ao envolvimento das partes nos procedimentos e à idéia de legitimação pelo procedimento luhmaniana como instrumentos adicionais ou eventuais de legitimação.⁵⁵

Assim, essa formulação do processo aceita certo grau de decisionismo como desenvolvimento natural da atividade jurídica sem sequer tomar conhecimento dessa pauta. Volta-se para a questão da efetividade, com verdadeiros esforços de manutenção dos controles formais referidos, mas sem, jamais, perquirir sobre a idoneidade das decisões que resultam de toda essa atividade.

§16. Discussões sobre a racionalidade do juízo de fato. Exatamente por isso que o juízo de fato passa por tamanha restrição na discussão de sua racionalidade. A proposta de livre convencimento se limita a controles externos que, nada mais são do que reflexo do controle burocrático que se propõe nesse quadro mais abrangente como adequado e suficiente ao processo, limitando as discussões sobre sua legitimidade. Obedecidos aos limites das regras de controle de investidura e imparcialidade, o processo daria ampla margem de decisão ao juiz. A órbita do direito processual se restringiria a esse tipo de regulamentação, mantendo-se longe de discussões complexas e supostamente pouco profícuas sobre a questão da prova. As dificuldades, entretanto, com que o processo se depara na decisão sobre fatos em situações importantes, pintam um quadro importante para a preservação das garantias processuais e para a caracterização do exercício democrático do poder.

⁵⁵ De acordo com Dinamarco, a legitimação do processo pelo procedimento teria ainda outra face: aproveitar-se de sua propriedade de enfraquecer o conflito como decorrência da canalização das pretensões antagônicas por meios da institucionalização do conflito. Nesse particular, há um aproveitamento das idéias de Niklas Luhmann sobre as propriedades sociológicas de submeter questões a procedimentos institucionalizados, que culminam também em resultados de pacificação, concorrendo para tornar o processo legítimo também por isso. Conclui-se, dessa maneira que a legitimidade do processo nessa formulação assimila dois fatores distintos de legitimação, que se entende insuficientes para decisão judicial em paradigmas de direito que não sejam tão otimistas quanto a atividade interpretativa dos juizes. Sobre o aproveitamento da idéia de legitimação pelo procedimento de Luhmann pela instrumentalidade, cf. Dinamarco, ob. cit., p.152-177; LUHMANN, Niklas. *Legitimidade pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real, Brasília: UnB, 1980.

É curioso notar que o processo penal tem, historicamente, muito maiores reflexões profundas sobre a racionalidade do juízo de fato do que o processo civil. Talvez isso se deva à importância do bem jurídico penal em relação àqueles tradicionalmente incluídos no âmbito de estudo do processo civil. Isso não mais se justifica diante do fim da complexidade dos bens jurídicos identificados na órbita da justiça civil nesses dias, pois não se dirá que a proteção de menores, do meio ambiente, das relações entre grupos, de questões que atingem diretamente a coletividade devem ser identificadas da mesma forma que as relações civis tradicionais. Assim, não é possível sustentar essa diferenciação seriamente, apontando-se para uma convergência de institutos entre esses tradicionais segmentos do direito processual evidentemente temperada pelas características exclusivas de cada relação jurídica.

Os problemas do livre convencimento são comprovados por vasta literatura que se preocupa em desenvolver, de maneira mais justificada possível, as decisões jurídicas nesse particular. As críticas dirigidas não têm o objetivo de subsidiar um regresso à prova legal, mas de propor um modelo cognitivo que considere, seriamente, a natureza e as necessidades dos conflitos jurídicos e oriente o julgamento a ser realizado. Pode ser que, num primeiro momento, essas críticas sejam de difícil assimilação, considerando que cognição dos fatos é atividade instintiva e moldada a partir de experiências prévias que se tende a achar que deve ser repetida em juízo. Só que as características apresentadas por esse modelo têm potencial limitado que deve ser explorado de modo a proporcionar justificações aceitáveis, que tornem a concretização do direito um ato de poder que se sustenta pela força de seus fundamentos e não apenas por aqueles que o enunciam.

Evidentemente, a proposta não é encontrar uma racionalidade última que proporcione ao juízo de fato nos processos judiciais um esquema universal que pautar a atuação dos juízes. Pode-se dizer que é o oposto disso. A tentativa é desenvolver, através do direito, um campo de argumentação fundamental para as decisões jurídicas em matéria de fato que a estrutura processual continental em geral, e brasileira em particular, não capta adequadamente, causando prejuízo às suas construções sistemáticas e aos casos concretos submetidos a elas. Segundo se sustentará a seguir, muito além do preciosismo acadêmico, a introdução dos critérios de suficiência é uma medida de “*engenharia social*” voltada ao

propósito de conferir instrumentos para a correta resolução de conflitos importantes obedecendo à distribuição dos riscos sociais.⁵⁶

Não faltará quem se recuse a ver esse quadro como problemático, considerando a experiência em geral positiva que o Judiciário vem tendo na condução dos conflitos sociais que são apresentados ao seu julgamento. Mas será mesmo que o direito deve aceitar esses graus de decisionismo sem investigar sobre os limites de possibilidade da razão? Será que esse papel que se atribui aos juízes não acaba sendo incompatível com o perfil da sociedade democrática? Será que não devemos buscar razões pelas quais as decisões se mantenham pelas justificativas que apresentam e não pela instituição que as profere? Será que o direito não passa, também, pelo entendimento sobre as regras sociais e não apenas pela dominação institucionalizada?

O estudo da decisão jurídica se debruça sobre a racionalidade ínsita a concretização do direito e assim tem repercussão direta no processo, na medida que deve influenciar na construção de seus institutos. O processo vem se desenvolvendo a margem das discussões sobre esse campo do saber jurídico, seja em relação às normas, seja em relação aos fatos que devem ser apreciados para a concretização do direito. Nesse quadro de déficit de discussões sobre seu papel legitimador, é de suma importância o desenvolvimento de mecanismos que desenvolvam alternativas dogmáticas que certifiquem as sentenças que originam.

§17. Para não cair nos dados. Ad absurdum, no dia em que tais reflexões forem abandonadas, a decisão jurídica poderá se resumir, sem protestos, aos dados do juiz Bridoye que determinam, aleatoriamente, o sentido de cada um dos julgamentos.

O juiz Bridoye é uma das personagens mais curiosas e desafiadoras da literatura universal, concebida por Rabelais em suas sátiras.⁵⁷ Após quarenta anos de exercício bem-sucedido da magistratura, o experiente juiz viu a credibilidade de seu trabalho questionada por causa de uma sentença que proferira, cujo resultado havia sido considerado equivocado.

Ao ser chamado a se justificar, o juiz revela, para escândalo de seus pares, que o sentido de suas decisões era sempre submetido à sorte dos dados. Sem qualquer cerimônia, Bridoye afirmou que o erro cometido se devia ao cansaço de sua vista já abalada com o

⁵⁶ A expressão engenharia social é retirada do texto de Amodio, no qual defende a noção de “legalidade da prova” com os mesmos propósitos acima destacados. Cf. Amodio, *Prove legali, legalità probatória e politica processuale*, p. 374.

⁵⁷ RABELAIS, François. *O terceiro livro dos fatos e ditos heróicos do bom Pantagruel*. Tradução, introdução, notas e comentários Élide Valarini Olivier. Cotia/SP: Ateliê Editorial; Campinas/SP: Unicamp, 2006.

avancar da idade, a qual provavelmente o traiu na apreciação daquele resultado aleatório. O juiz jamais havia se furtado a instruir os processos, ouvir os argumentos das partes ou deixar que apresentem elementos de comprovação de suas alegações. Indagado sobre a escatologia de seu proceder, ele apenas respondia que nada de diferente fazia dos outros juízes que diziam decidir conforme parâmetros racionais e legais.

A explicação do comportamento do juiz Bridoye certamente confere um sentido restrito ao raciocínio instrumentalizado pelo processo de concretização do direito. Apesar de não ser de todo desprezada, a participação dos contendores nesse processo poderia ser equiparada a um duelo entre as partes ao qual o juiz deve participar sem jamais ser indiferente. Entretanto, seu envolvimento apenas serviria como uma espécie de elemento psicológico para o amadurecimento da decisão, servindo como etapa de preparação da solução necessária do conflito.

O processo seria fator essencial para possibilitar a assimilação da decisão pelos litigantes e pelo corpo social. O contraditório e a duração de tempo seriam características distintivas de seu correto funcionamento, fundamentais para que sua conclusão fosse aceita independentemente de seu conteúdo. Era concebido como um caminho de expiação e não uma maneira de se atingir as razões corretas para decidir.

Assim, a preocupação de Bridoye com a racionalização do processo judicial é diminuta porque entende que o papel institucional da justiça não depende diretamente da justificação oferecida pelo labor intelectual das decisões. Somente o acaso poderia representar a justiça, porquanto consistiria, segundo o juiz, na representação mais fiel dos caminhos da providência divina. Em sua perspectiva, o juiz defendia que a decisão decorrente de um procedimento estabelecido concorria com a resposta dos dados para promover ampla aceitação das decisões no seio da sociedade. Implicitamente, o juiz acreditava que o procedimento, diante da oportunidade dada às partes para apresentar suas queixas, apaziguar-lhes-ia o espírito e, assim, cumpriria perfeitamente seu papel.

Essa forma de conceber a experiência jurídica tem o objetivo de satirizar a autoridade dos cultores da lei, expondo as dificuldades em debater a legitimidade do poder exercido por meio da decisão jurídica. Nessa arguta passagem, Rabelais sugeria que as decisões não dependeriam de justificativas judiciais para serem consideradas legítimas, que os doutores da lei pouco tinham a mostrar além da aura de sapiência. Mesmo diante de toda a deliberação proporcionada pelo processo, sugere-se que não há critérios que garantam a correção dos provimentos.

Por mais absurdo que esse argumento possa parecer aos olhos do estudioso do direito à primeira vista, a legitimidade das decisões jurídicas vem sendo sustentadas em termos bem parecidos com esse episódio literário de maneira muito mais adequada aos tempos atuais e consistentes em seus fundamentos conforme se demonstrou acima.

Parte-se do pressuposto de que essa compreensão da decisão jurídica é inaceitável e afronta pressupostos básicos da modernidade. Embora enunciado, esse pressuposto não será discutido porque está situado fora dos limites do trabalho. A aposta é que isso será suficiente para tornar possíveis as presentes reflexões sobre o juízo de fato e, sobretudo, justificar a escolha do tema e sua importância para o direito processual. O estudo da racionalidade do juízo de fato permitirá uma revisão das normas do sistema processual em matéria de prova, tarefa a qual será levada a cabo a seguir.

PARTE I

ELEMENTOS DA ARGUMENTAÇÃO EM MATÉRIA DE FATO: VERDADE E VALORES NA DISCIPLINA DA PROVA JUDICIAL

1. Para um estudo crítico do direito probatório

§1. Abordagem teórica. Expressa ou implicitamente, todas as construções jurídicas referentes à prova trazem, em suas raízes, determinadas concepções epistemológicas. Afirmar que algo está comprovado remete necessariamente a posicionamentos sobre o que significa razão, conhecimento e verdade, pauta de análise para organizar qualquer perspectiva sobre a investigação da realidade. Um ponto de vista sobre esses conceitos é imprescindível para a estruturação das investigações e institutos relacionados ao direito probatório.

Apresentar posicionamento sobre esses temas, no entanto, é extremamente difícil para os juristas. São inúmeras as correntes de pensamento a serem identificadas, analisadas, compatibilizadas entre si e com a práxis, para se obter uma formulação minimamente coerente sobre o assunto. Diante das notórias dificuldades, poucos têm se arriscado a fazê-lo, deixando o debate jurídico um tanto perdido na busca por referenciais teóricos mais claros para edificar suas construções dogmáticas.

Imagina-se que, por conta dessas dificuldades, a abordagem de tais temas tenha sido um tanto negligenciada pelos estudos jurídicos, atraindo, como consequência, graves limitações e relevantes distorções na busca pelos fatos para a concretização de suas normas. Os questionamentos dessa natureza se restringem às discussões no âmbito processual, especificamente no que se relacionam às regras positivas que regulam a admissibilidade, a produção e a valoração das provas apresentadas em juízo. Nesse âmbito, as construções relacionadas ao juízo de fato parecem pretender girar em torno de uma concepção epistemológica óbvia, aceita sem maiores questionamentos, que possibilita um método de investigação definitivo.

Talvez essa formulação tenha a intenção de ser simples no trato da investigação sobre os fatos da causa, abdicando de discussões supostamente desnecessárias para a concretização adequada do direito. O conhecimento dos fatos nas investigações jurídicas em nada seria distinto da forma como percebemos a realidade em nosso cotidiano, sendo possível uma transferência de habilidades que dispensa, num caso e noutro, maiores teorizações. Nessa hipótese, torna-se extremamente difícil planejar a atividade cognitiva dos

fatos, justamente porque não são enunciados os princípios sobre os quais seria possível organizar um esquema adequado para cumprir com essa finalidade.

Com tais atitudes, deposita-se toda a confiança numa formulação bastante limitada de investigação empírica, que acaba por obscurecer parcela importante de todo o movimento de concretização do direito. Ao deixar de lado maiores discussões sobre uma compreensão abrangente do assunto e o debate sobre a estrutura da atividade probatória praticada no processo, abre-se espaço para arbitrariedades incompatíveis com postulados jurídicos considerados fundamentais na atualidade. Afastados das discussões de cunho epistemológico, os institutos voltados à cognição e decisão sobre fatos acabam por possibilitar práticas inaceitáveis para uma sociedade contemporânea caracterizada por não abdicar da razão como fundamento de legitimidade da ação na esfera pública.⁵⁸

Limitada às regras processuais, a dogmática da prova, por vezes, abre mão de noções essenciais para compreensão dessa parte do raciocínio jurídico, impede um tratamento integrado para seus institutos fundamentais, apela para idéias vagas como critérios de orientação para investigação ou decisão em matéria de fato, conforme se verifica na elaboração do livre convencimento. Tais construções desconsideram que estão indissociavelmente vinculadas a temas essenciais para o conhecimento humano, discutidas em vasta e importante literatura. A ânsia pela simplificação dos procedimentos e acessibilidade das discussões dogmáticas impede que se tenha acesso aos seus próprios fundamentos, causa de importantes inconsistências em sua formulação.

Com efeito, entretanto, a reflexão epistemológica se afigura essencial para conferir unidade aos institutos que regem as investigações e decisões sobre fatos, de modo a guiá-los na utilização e crítica do seu aparato conceitual. Uma abordagem dessa natureza busca comparar e discutir perspectivas epistemológicas adequadas para o direito probatório, proporcionando uma mirada abrangente sobre a discussão essencial para seu funcionamento, de maneira a possibilitar um mínimo de compreensão às normas que regem a admissibilidade e produção do material probatório, a valoração do levantamento efetuado, o

⁵⁸ O pendor da sociedade contemporânea para a racionalidade da ação se depreende do espaço em que as teorias sobre argumentação têm ganhado nas mais distintas concepções do direito. Todas as formulações desse capítulo do pensamento jurídico enfocam a necessidade do direito em legitimar sua atuação pelas razões que sustentam cada um dos caminhos tomados pelas disposições jurídicas. A racionalidade da ação jurídica é pressuposto desse trabalho que, apesar de não ser discutido em sua afirmação teórica, está presente na avaliação dos caminhos propostos para a dogmática da prova. Cf. ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2006.

papel do juiz e das partes na busca da determinação dos fatos jurídicos e especialmente o estabelecimento de critérios para a decisão nesse particular.⁵⁹

No mundo contemporâneo, a abordagem epistemológica desponta como primordial para a construção dos modelos processuais de investigação dos fatos, considerando os sérios impactos que suas diversas abordagens causam no âmbito da concretização das normas jurídicas.⁶⁰

A consideração do pressuposto teórico transparece de modo independente das abordagens que se faça sobre o direito positivo, pois intimamente relacionada com a própria estrutura da investigação e do que se considera comprovação em relação aos fatos. Sua importância se afigura determinante em face das peculiaridades do debate jurídico, que se processa em termos institucionais refletindo as premissas epistemológicas adotadas. Consubstanciada na positivação de regras específicas que respondem às diversas características do processo judicial, as abordagens epistemológicas têm o desafio de viabilizar juízos válidos acerca do conhecimento dos fatos diante de restrições sofridas por essa espécie de cognição.

A reflexão sobre a prova, nesses termos, é necessariamente vinculada aos pressupostos teóricos que tomam por pontos de partida, ainda que de maneira não declarada, como condição *sine qua non* de construção e compreensão adequada de seus elementos.

§2. *Impacto na dogmática do direito probatório.* Essa postura voltada à fundamentação das opções dogmáticas para a construção do juízo de fato não é, em

⁵⁹ Alguns trabalhos são especialmente interessantes para se vislumbrar a relação entre dogmática jurídica e seus pressupostos filosóficos em matéria de fato. Cf. CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. 2ª. Ed. (tradução da 2ª. Ed. Italiana, 1947) Buenos Aires: Depalma, 2000; TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2002; e LOMBARDO, Luigi. *La prova giudiziale: contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*. Milano: Giuffrè/Università di Catania, 1999. Cada uma dessas obras traz, do ponto de vista da tradição continental, da qual o direito brasileiro é herdeira, diferentes concepções epistemológicas a fundamentar de maneira diversa as construções da dogmática jurídica em matéria de prova, ainda que apenas da perspectiva processualista. Em suas diferentes abordagens, cada uma delas possibilita uma perspectiva diferente sobre os problemas centrais que envolvem a matéria ao perquirir sobre os fundamentos dos conceitos jurídicos relacionados.

⁶⁰ Abordagens centradas nos impactos da ideologia no direito probatório constituíram um capítulo importante do estudo dos poderes do juiz. Essa perspectiva foi desenvolvida em diversos textos, dentre os quais se destaca o ensaio de Vittorio Denti, cujo conteúdo analisa primordialmente a ampliação de noções inquisitórias do direito probatório no direito de sua época que diminuiria a distância entre processo civil e penal. Cf. DENTI, Vittorio. L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei. *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, Ano XXX, n. 1, gennaio-febbraio, 1965, p. 31-70. No cenário contemporâneo, diante de um arrefecimento dos debates ideológicos, são as diferenças epistemológicas que servem de base fundamental para o estudo da teoria da decisão. O trabalho de Mirjan Damaska já indicava essa tendência ao ressaltar a importância de outra dicotomia fundamental do direito probatório, indubitavelmente caracterizada na oposição de instituto dos modelos *civil law* e *common law*. Cf. DAMASKA, Mirjan R. Evidentiary barriers to conviction and two models of procedure: a comparative study. *University of Pennsylvania Law Review*, 121: 507-589, 1973.

absoluto, estranha para o jurista atento aos rumos do estudo do direito. Da mesma forma que as discussões sobre a premissa normativa do raciocínio jurídico precisam se servir de diversas teorias filosóficas para estabelecer seus mecanismos de funcionamento, também a premissa empírica necessita de uma atualização quanto a sua sustentação elementar. A revisão da abordagem do pressuposto filosófico do direito tem sido sistematicamente empreendida nos trabalhos jurídicos atuais, à procura de uma melhor compreensão sobre os caminhos que pode vir a tomar.

Enquanto a preocupação com as normas se detém nas diversas formas de se obter o significado dos textos legais, a crítica quanto aos seus fundamentos e sua concretização em casos singulares, os estudos do jurista devem seguir o mesmo caminho quando considerarem os fatos envolvidos nessas discussões.

Tem-se por insuficiente conceber a reflexão sobre as fontes do direito apartadas de sua dimensão crítica, voltada a responder sobre os fundamentos de suas opções na condução de casos jurídicos. Especialmente os casos difíceis exigem elementos que a mera descrição dos dados legislativos não é capaz de prover. Isso induz à necessidade de juízos adicionais ao controle textual e sistemático do direito, que envolve a consideração das bases daquilo dogmaticamente explicitado. A legitimação das normas e das decisões que delas resultam é discutida, quanto a sua aferição, por estratégias hermenêuticas e/ou argumentativas que evidenciam os rumos tomados pela compreensão do direito, a partir das diferentes perspectivas em que se baseiam.⁶¹

Não obstante essa discussão ser bastante desenvolvida quanto a compreensão das premissas normativas do raciocínio jurídico, o questionamento sobre a legitimação da aferição da premissa de fato estagnou em discussões que desconsideram os movimentos dessa mesma natureza, justamente porque não é estendido às discussões epistemológicas que possibilitam o esclarecimento de seus pressupostos, características e consequências, além de viabilizar sua crítica.⁶²

Dessa maneira, verifica-se um disparate na consideração das diferentes premissas ínsitas às reflexões jurídicas, pois os pressupostos que são claramente

⁶¹ Cf. BILLIER, Jean Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. Trad. Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005, p. 387-475.

⁶² Poucas reflexões dessa natureza chegam a figurar nas principais obras da processualística nacional, sendo bastante restrita a remissão a discussões epistemológicas como respaldo de perspectivas dogmáticas. Cf. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997; NEVES E CASTRO, Francisco Augusto. *Teoria das provas penais e suas aplicações nos atos civis*. Reedição da 2ª ed. da obra publicada em 1917. São Paulo: Cervanda, 2000; SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 5a. Ed. São Paulo: Saraiva, 1983, dentre outras.

abandonados no campo das normas são, ao mesmo tempo, renovados no plano da análise empírica.

Da mesma forma que pode haver dúvidas no caminho para definição da aplicação de uma norma positiva, como no choque de orientações entre disposições legais, pode ocorrer com a investigação sobre fatos diante das dificuldades de sua caracterização inequívoca, como na comprovação por testemunhos em que haja total dissenso entre os depoimentos disponíveis. Também quanto aos fatos, há casos difíceis que exigem um aprofundamento quanto aos raciocínios nele envolvidos, delimitados por normas jurídicas ou não, para uma construção legítima da decisão.⁶³

Traçando um paralelo com tais argumentos, parece não haver razões para estranhar uma proposta de revisão dos pressupostos epistemológicos da reflexão jurídica em matéria de fato, pois a legitimidade das decisões pronunciadas nessa seara é tão importante quanto a aferição de sentido da norma a ser concretizada.⁶⁴

Com isso, é fundamental à reflexão jurídica identificar e classificar, na história do pensamento, aquilo se deve entender no direito por razão, conhecimento e verdade para proporcionar uma concepção mais adequada às características desse tipo de discussão. A análise dos pressupostos epistemológicos é fundamental para acomodar uma noção aceitável dos problemas que suas construções enfrentam perante os casos jurídicos e os limites das soluções que propõem. A falta de discussões sobre o assunto acaba por perpetuar uma noção superficial, embora bastante enraizada na cultura ocidental, do que significa provar.

Mais do que aperfeiçoar o perfil das decisões judiciais, da discussão dos pressupostos epistemológicos da prova jurídica depende a própria garantia de racionalidade das decisões que profere. Trata-se da necessidade de abordar aspectos essenciais da legitimidade das inferências jurídicas, sem os quais se torna impossível os analisar

⁶³ Sobre a caracterização dos casos difíceis em matéria de fato, considerando a prova como fenômeno eminentemente demonstrativo, cf. HEÑIN, Fernando Adrián. Las pruebas difíciles. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 166, dezembro/2008, p. 71-83. Dessa perspectiva, esse autor identifica os casos difíceis a partir de diferentes critérios, de modo algum taxativos: “Podemos reseñar algunos problemas que generan dificultades probatorias en: (a) la inimpresionabilidad, (por ejemplo, una amenaza verbal que no fue registrada más que por las cuatro paredes entre las cuales estaban los sujetos; estas mismas serán idoneas para registrar a una bala incrustada por ejemplo); (b) la falta de traslatividad, que se puede dar por razones de tiempo – se olvida el testigo de lo que vio o se borran las huellas del accidente de tránsito –, de espacio, como cuando quien deba prestar testimonio se encuentre lejos o el arma con que se cometió el delito está en el fondo del mar, o bien puede existir tal deficiencia por acción de tercero que deba cooperar, como puede ocurrir en el supuesto de que no se presente a declarar o no conteste un oficio; (c) la falta de disponibilidad que se verifica por ejemplo cuando intencionalmente se destruye algún elemento útil; (d) la gran precisión exigida para un determinado evento, como se la hora de muerte de una persona o el monto exacto de los daños producidos; (e) las dificultades de traducción, en los casos en que se deban decodificar datos o escritos en lenguas antiguas o desconocidas.” (p. 74-75)

⁶⁴ TWINNING, William. Taking facts seriously. *Journal of Legal Education*, n. 34, 1984, p. 22-42; TWINNING, William. Taking facts seriously again. *Journal of Legal Education*, n. 55, 2005, p. 360-380.

criticamente. Estruturando-se em torno de teorias epistemológicas implícitas, que não se preocupam em apresentar justificações operativas, ou em enunciar seus próprios limites, o direito abre mão de elementos essenciais da configuração que assume na modernidade.

A manutenção de teorias implícitas tem um efeito pernicioso para o controle racional de legitimação das instituições sociais. Discutir sobre as bases em que estão amparadas determinadas escolhas possibilita seu questionamento fundamentado da opção. Assim, a explicitação de concepções comumente partilhadas as coloca, constantemente, sob o escrutínio alheio, obrigando-a a apresentar respostas às críticas levantadas, abrindo espaço para se postular sua reformulação ou abandono.

No caso específico do direito probatório, ao não serem enunciadas as bases fundamentais para construção de seu arcabouço dogmático, evita-se o juízo crítico e perpetua-se estrutura de investigação e decisão mesmo quando altamente problemática diante dos casos complexos que se apresentam a sua consideração. Essa situação confere ao *status quo* ares de obviedade, acaba exercendo sobre os operadores do direito um domínio que será tanto mais absoluto e incontestado quanto menos for percebido e verbalizado. Somente ao se explicitar os fundamentos de uma determinada abordagem dogmática, será viabilizada sua compreensão adequada e abertura para oposição de críticas e refutações aos seus cânones.

Abdicar dessa discussão é um perigoso caminho para o direito processual. Reconhecendo-se que o processo não é apenas instrumento de efetivação dos comandos jurisdicionais, mas voltado a uma construção legítima do significado do direito para o caso concreto, deve-se evitar, a qualquer custo, que seus institutos dêem azo a decisões que não correspondem aos critérios de racionalidade propostos pelo desenvolvimento da argumentação jurídica. Daí a importância da constante crítica e revisão dos arquétipos jurídicos consagrados, que precisam reafirmar, a cada dia, o valor e a adequação de suas formulações.

§3. *Objeto central da análise.* Diante de tais considerações, esse trabalho inicia por uma análise das perspectivas teóricas mais características do tempo atual considerando a tradição de formulações jurídicas e o horizonte aberto pela filosofia contemporânea. Ainda que longe de pretender a exaustão do tema, apresentam-se, de maneira breve, os fundamentos e críticas dessas concepções mais centrais a influenciar a compreensão da prova. O objetivo é possibilitar a inclusão do processualista nesse debate, mesmo suscitando

uma visão não mais que descritiva acerca das discussões que influenciam os textos principais do direito probatório contemporâneo.

Assim, essa primeira parte do trabalho se estrutura de modo a possibilitar uma abordagem das concepções epistemológicas mais comumente relacionadas ao direito probatório e sondar seus limites, abordar a legitimação do juízo de fato por meio da argumentação como desdobramento necessário de qualquer das premissas epistemológicas possíveis na atualidade e, por fim, sustentar dimensões práticas que esse argumento pode utilizar para justificar as decisões que se precisam tomar.

O recorte, a partir dessas discussões, permite uma nova abordagem aos problemas centrais do direito probatório, viabilizando novas soluções para o debate institucionalizado pelas regras do processo judicial. Ressalte-se que a exploração dessa dimensão da discussão dogmática não exterioriza qualquer pretensão desse trabalho em se manifestar sobre o mérito da abordagem filosófica. Limita-se a relatá-la, buscando identificar obras que possam servir de referência às necessidades jurídicas nesse particular ou que sejam lembradas por juristas na construção de suas reflexões e filósofos apresentados em respaldo a esses posicionamentos.

Para a proposta desse trabalho, *o relatório sobre as discussões epistemológicas tem o intuito específico de demonstrar como reflexões dessa natureza são fundamentais para a avaliação da prova, mas não suficientes para decisões práticas como aquelas tomadas no processo judicial*. É imprescindível que se leve em conta os possíveis desdobramentos que ele vai tomar a partir dessa conclusão, ou seja, os riscos que a decisão em matéria de fato acarretará para a regulação dos conflitos sociais. É exatamente nessa lacuna que se pretende desenvolver alternativas dogmáticas que possibilitem, à teoria da prova, a superação do problema que somente pode ser diagnosticado quando identificadas seriamente as bases sobre as quais pode ser construída.

2. Perspectivas epistemológicas da prova e do direito probatório

2.1 Modo de apresentação do tema

§4. *Três possíveis perspectivas*. A história do conhecimento humano remete há mais de vinte séculos de discussões e divergências profundas sobre os conceitos mais básicos sobre os quais orbita. Conforme acima ressaltado, essas discussões são bastante relevantes para a compreensão adequada dos raciocínios que envolvem o conhecimento dos fatos e os institutos relacionados à prova para as discussões jurídicas. Mesmo sendo impossível abordar todas as formulações importantes para essa parte do raciocínio jurídico,

faz-se necessária alguma incursão sobre o assunto que possibilite a apresentação e crítica do impacto que tem sobre os modelos probatórios e, principalmente, para demonstrar quão imprescindível é a manipulação dos critérios de suficiência nesse particular.

É importante apresentar as teorias epistemológicas conforme as diferentes contribuições que cada uma delas pode oferecer para a teoria da prova considerando o impacto que encontram nos estudos jurídicos do tema. De um lado, essa abordagem permite verificar, em linhas gerais, o estágio presente da discussão epistemológica, de outro, viabiliza que se trilhem caminhos já percorridos na transição entre discurso filosófico e o discurso jurídico. Com essa estratégia, busca-se estabelecer bases suficientes para uma compreensão dos métodos e objetivos das construções jurídicas relacionadas ao tema da prova.

Nesse sentido, foram selecionadas três linhas de desenvolvimento paralelo entre a filosofia do conhecimento e a teoria jurídica da prova.⁶⁵ Trata-se de uma incursão breve, não mais que descritiva acerca dessas discussões atuais do impacto dos pressupostos epistemológicos sobre a prova judicial. Reitera-se que a intenção não é filosofar, mas informar sobre o rumo que as construções jurídicas podem tomar, a partir dos diferentes pressupostos necessariamente presentes em suas reflexões, e viabilizar a comparação entre os mecanismos que surgem de cada uma das orientações.

Em cada uma dessas linhas referentes à teoria do conhecimento, dentre as mais importantes do cenário epistemológico, são situados os estudos mais completos da teoria da prova verificados na literatura jurídica. A compreensão de seus pressupostos filosóficos ajuda a entender exatamente o que se postula como comprovação e o que pode ser feito para alcançá-la. Daí porque toda a dogmática da prova, de diferentes maneiras, remete a essas idéias para se organizar e depende delas para uma construção coerente de seus institutos.

Ainda que se corra o risco de grande imprecisão na análise dessas teorias, afigura-se útil, para o jurista, tratar das diversas concepções epistemológicas em grandes grupos dos quais sejam ressaltadas determinadas características. Isso proporciona a compreensão de que essas características não são necessárias ou obrigatórias e que há outras formas de pensar bastante diversas e não menos válidas sobre como perceber os dados da

⁶⁵ A escolha do modo de apresentação das perspectivas epistemológicas é inspirada nos movimentos da filosofia contemporânea tal como é proposto por Jürgen Habermas. Esse filósofo distingue três linhas principais de desenvolvimento da teoria do conhecimento que poderiam ser expressos nas concepções do realismo cientificista, da hermenêutica lingüística e da pragmática lingüística. Não obstante o autor tenha como objetivo afirmar a superioridade da última como teoria da razão contemporânea, esse caminho não será seguido nesse trabalho. Nessa abordagem é limitada à exposição de tais considerações epistemológicas e ao mesmo tempo manter em suspenso a escolha entre os diversos caminhos que pode percorrer. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Verdad y justificación*. Tradução de Pere Fabra y Luiz Diez. Madrid: Trotta, 2002.

realidade que impactariam de forma decisiva o direito probatório. Essas categorias não são criadas nesse trabalho, nem tampouco inéditas para os estudiosos da prova, razão pela qual se abdica de maiores questionamentos sobre sua adoção. Acredita-se que uma exposição nessas características atende, de maneira ideal, os propósitos da abordagem do objeto escolhido.

2.2 Características de uma abordagem realista do conhecimento e sua repercussão perante a teoria jurídica da prova

§5. *Realismo epistemológico.* As tradicionais reflexões sobre a prova têm, em sua maior parte, amparo numa concepção realista do conhecimento. Essa formulação, diante dos resultados que alcança na manipulação da natureza em favor dos objetivos da humanidade, tem sido capaz de cooptar o senso comum ao ponto de considerar dispensáveis os debates epistemológicos a questionar sua validade e seus limites. Os trabalhos em dogmática da prova e mesmo a práxis forense, seja aqui ou alhures, tendem a tratar a busca pela verdade como algo dependente apenas de observações cuidadosas a partir dessa perspectiva marcada com ferro em brasa no inconsciente moderno. Indica a estrutura dos mecanismos de comprovação e sua posição em reflexões de natureza jurídica.⁶⁶

No campo epistemológico, o realismo se estruturou em torno do desenvolvimento da ciência, em que o conhecimento válido é reduzido aos seus mecanismos como último e mais elevado estágio da razão, operando por meio de mecanismos bastante conhecidos. Dispondo de dados da experiência identificados mediante observação do mundo real, pretende-se constituir uma espécie de garantia de que essa modalidade do conhecimento é capaz de descobrir a realidade. Essa forma de conhecimento parte do pressuposto que o mundo objetivo está amplamente disponível para ser apreendido e revelado como realidade à razão do sujeito capaz de compreendê-lo tal como é.

Esse acesso, imediato e objetivo ao mundo, possibilita, ao observador neutro, a faculdade de perceber a maneira como os fenômenos se comportam nas diversas situações a que são submetidos. Mediante os resultados da observação, tornam viáveis inferências lógicas a respeito de eventos determinados, permitindo a criação de tecnologias pela combinação de saberes e conclusões, sempre garantidas pela confiabilidade de seus

⁶⁶ Para uma competente análise histórica do conceito de prova no direito e sua relação com os influxos filosóficos, cf. Lombardo, ob. cit., passim. Após verificar as características da abordagem atual da prova, o autor afirma categoricamente que “l’attuale teorica probatoria, come è stata fin qui elaborata dalla dottrina prevalente, risente ancora in modo pregnante di quella ottimistica visione della scienza, che discende dal positivismo ottocentesco.” (Idem, p.39).

métodos. A inferência significa que o conhecimento de alguma coisa se dá a partir da análise de experiências prévias, expressa através de um silogismo que visa demonstrar a verdade ao relacionar as diferentes premissas e, a partir delas, alcançar uma conclusão lógica, irrefutavelmente racional.

É isso que se designa por realismo epistemológico. Tal noção de conhecimento seria pautada numa relação entre sujeito-investigador e objeto-investigado, em que o primeiro observa e realiza experimentos para buscar revelar a verdade sobre o segundo. Somente seria possível obter o conhecimento mediante um método objetivo e neutro, que funcionasse como critério de validade dos resultados verificados. Essa formulação parte da relação imediata entre pesquisador e realidade, em que se possibilita a inequívoca obtenção do dado de fato para funcionar.⁶⁷

O conhecimento, portanto, seria gerado a partir da organização e catalogação da experiência sensível viabilizada através de métodos que assumiriam formas genéricas e lógicas aplicáveis em casos específicos com o propósito de descobrimento da verdade nas mais diferentes situações.

Diante disso, pretende-se sustentar uma relação conceitual entre verdade e prova, na qual a verdade de uma proposição se afiguraria condição necessária para que esta seja considerada comprovada. Dizer que algo está provado (*está provado que p*) seria o mesmo que dizer que algo é verdadeiro (*é verdade que p*). Esses seriam enunciados de

⁶⁷ O realismo não é designado por um conjunto único de idéias, fazendo com que sua caracterização seja bastante difícil de ser identificada. Optou-se por apresentar um conceito retirado de um texto crítico das teorias realistas de autoria de Laudan, no qual suas principais características foram destacadas, sendo possível que nem todas sejam defendidas por cada um dos autores que defendem essa abordagem do conhecimento. Daí a denominação realismo convergente, pois tenta identificar características comuns as teorias realistas sem, no entanto, apelar para uma em especial. Os traços característicos do realismo apontam sempre para quatro características principais: noção de aproximação progressiva da verdade, referência do conhecimento as coisas existentes no mundo, redução da realidade as teorias e explicação abrangente dos fenômenos. Na compreensão do autor americano, essas características são explicitadas e relacionadas da seguinte maneira: “R1) Scientific theories (at least in the 'mature' sciences) are typically approximately true and more recent theories are closer to the truth than older theories in the same domain; R2) The observational and theoretical terms within the theories of a mature science genuinely refer (roughly, there are substances in the world that correspond to the ontologies presumed by our best theories); R3) Successive theories in any mature science will be such that they 'preserve' the theoretical relations and the apparent referents of earlier theories (i.e., earlier theories will be 'limiting cases' of later theories). R4) Acceptable new theories do and should explain why their predecessors were successful insofar as they were successful. To these semantic, methodological and epistemic theses is conjoined an important meta-philosophical claim about how realism is to be evaluated and assessed. Specifically, it is maintained that: R5) Theses (R1)-(R4) entail that ('mature') scientific theories should be successful; indeed, these theses constitute the best, if not the only, explanation for the success of science. The empirical success of science (in the sense of giving detailed explanations and accurate predictions) accordingly provides striking empirical confirmation for realism.” LAUDAN, Larry. A confutation of convergent realism. *Philosophy of Science*, Vol.48, No.1 (Mar/1981), p. 20-21.

natureza eminentemente descritiva, a constatar a realidade como ela é através de uma apropriação intelectual daquele que procede a análise.⁶⁸

§6. *Indução e dedução.* Tal idéia de conhecimento seria conduzida e manipulada através de métodos de inferência, capazes de encadear, de forma lógica, o conhecimento e proporcionar segurança em suas conclusões, mediante operações de caráter indutivo ou dedutivo, conforme a investigação que se pretende empreender.

De um lado, o método indutivo busca estender uma conclusão obtida em situações-modelo a outros casos entendidos como similares diante da identificação de determinados elementos comparativos de natureza empírica. Tenta se amparar na repetição de observações da ocorrência de um determinado tipo de eventos como elementos de confirmação para uma generalização em termos definitivos.

A definição de prova, conforme o raciocínio indutivo, admitia a inferência de um fato desconhecido a partir de evidências constatadas pela observação repetida. Os termos deveriam ser similares o suficiente para criar uma relação entre si, capaz de se inferir que os atributos de um não podem ser diferentes dos atributos de outro. Esse objetivo seria alcançado com base na frequência de repetição dos acontecimentos, capazes de gerar previsões sobre causas e condições de cada fenômeno, de modo que sua ocorrência teria de estar ligada a pressupostos e consequências necessárias, permitindo as inferências mesmo sobre aquilo que é desconhecido e da descoberta da verdade em si.⁶⁹

Dessa maneira, as inferências indutivas são formuladas por meio de uma equação em que a variável desconhecida sempre pode ser isolada e investigada com auxílio da lógica quando presente os demais dados necessários. Catalogados os fenômenos em suas circunstâncias, seria sempre possível recorrer à experiência como método de preenchimento dos dados e, partindo dela, sem maiores questionamentos, seria possível utilizar apenas a

⁶⁸ Sobre essa concepção de prova e sua utilização como pilar da teoria jurídica da prova, cf. FERRER BELTRÁN, Jordi. *Preuba y verdad en el derecho*. 2ª. Ed. Madrid: Marcial Pons, 2005. Segundo esse autor, os defensores dessa relação conceitual entre verdade e provas postulam que a comprovação dos fatos somente poderia ser feitas quando houvesse elementos de juízo em favor da mesma e a proposição é verdadeira (Bentham). Essa proposição não compreende situações em que uma hipótese sobre fatos resulte provada ainda quando falsa. Assim, tal concepção impede juízos gradativos sobre as afirmações empíricas, ao condicioná-las a verdade dos fatos. A inferência lógica somente trabalha com elementos absolutos de realidade, que conectam necessariamente as premissas em busca de uma conclusão, ainda que somente possam ser verificados *a posteriori*. Afirmar que há elementos para uma dada afirmação meramente lógica significaria o mesmo que dizer a afirmação é verdadeira, o que em muitos casos indubitavelmente não se afigura correto (p. 35).

⁶⁹ Corroborando com construções dessa natureza, diversos trabalhos jurídicos propuseram uma noção de prova que se adequava fundamentalmente a esse tipo de construção lógica, conforme se verifica nos escritos de Bentham sobre a prova judicial. Cf. FÁBREGA P., Jorge. Influencia de Jeremías Bentham en el derecho probatorio. In: *Teoría general de la prueba*. Panamá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2000.

lógica para postular o conhecimento da variável isolada, tal como nas equações matemáticas.

Mesmo considerando resultados pragmaticamente defensáveis em diversas ocasiões, o método da indução encontra problemas para servir como garantia de um conhecimento legítimo a sustentar decisões sem maiores preocupações.

Além da desconfiança sobre a possibilidade de neutralidade dos observadores e de sua necessária relação com os objetos observados, assevera-se que nada pode garantir o comportamento uniforme dos fenômenos naturais, nada pode garantir que os eventos do passado se repitam no futuro, como sugere a indução. Assim, não haveria demonstração suficiente que fosse capaz de significar senão a repetição de determinado fato em circunstâncias semelhantes. Não haveria nenhuma garantia racional na indução, mas meramente pragmática que se legitima pela repetição dos resultados diante das observações conduzidas e pela instrumentação dos conceitos retirados a partir delas.⁷⁰

Absorvendo essa crítica sob outros pressupostos, a formulação da indução sobrevive reconhecendo sua função pragmática e diminuindo suas expectativas em relação a segurança do curso dos eventos, uns mais confiáveis, outros menos. Assim, é afirmada apenas em termos de probabilidade variável para cada caso, reforçada pela confiabilidade que se lhe atribui aos resultados que é capaz de conseguir. Entretanto, dificilmente poderá ser chamado de conhecimento verdadeiro e inquestionável, pois vinculação entre fenômenos observados dependem da artificialidade do método, que tende a simplificar a realidade para encaixá-la em seus parâmetros.

Diante do enfraquecimento do critério no recolhimento das evidências empíricas, abre-se um perigoso espaço para o subjetivismo quanto ao preenchimento das variáveis tomadas como premissas e quanto a interpretação delas em direção à conclusão, fatores que esse método lógico não é capaz de controlar.

Mesmo considerando as inúmeras objeções que se levanta ao método indutivo como garantia às inferências probatórias no conhecimento prático, é fundamental reconhecer que o debate mais tradicional sobre a teoria jurídica da prova sempre o levou em consideração como fundamento apto a subsidiar os raciocínios empíricos, fonte primária

⁷⁰ “Não importa quantas instâncias de cisnes brancos possamos ter observado, isso não justifica a conclusão de que todos os cisnes são brancos”. POPPER, Karl. A lógica da investigação científica. In: *Pensadores – Karl Popper*. Tradução de Pablo Rubén Mariconda e Paulo de Almeida. São Paulo: Abril Cultural, 1980. (Coleção Pensadores), p. 3. Cf. HUME, David. *Investigação sobre o entendimento humano*. Tradução de Alexandre Amaral Rodrigues. São Paulo: Hedra, 2009; UBERTIS, Giulio. La ricerca della verità giudiziale. In: *La conoscenza del fatto nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 1-16.

desse tipo de investigações e a única forma de oferecer conclusões corretas sobre os fatos da causa.

De outro lado, o raciocínio dedutivo partilha o mesmo perfil ao postular outro método como garantia de conhecimento da realidade. Dedução se afigura a forma de argumentação característica da aplicação de regras, que opera pela subsunção. Também pressupõe que a realidade pode ser ordenada através leis gerais, mas entende que, a partir delas, é possível inferir consequências de modo preciso.

Uma vez estabelecidas essas regras, o reconhecimento empírico de determinadas situações catalogadas, metodologicamente testadas, autorizaria uma passagem lógica entre premissas e conclusões. Assim, pretende relacionar uma regra geral com determinada proposição para atingir uma conclusão pretensamente embasada na lógica formal e, por isso, racional. A validade de um raciocínio poderia ser garantida se colocada nesses termos: das premissas, decorreriam, necessariamente, as conclusões.⁷¹

Considerando o texto das normas jurídicas e a verificação da realidade dos fatos insita a esse raciocínio, a conclusão seria nada mais do que uma etapa lógica da aplicação do direito, ao proporcionar controle sobre a atuação do poder jurisdicional. Isso seria garantido por uma relação necessária entre premissas e conclusões, em que a constatação das primeiras implicaria, necessariamente, ocorrência das segundas. Esse argumento é fundamental para destacar que só há uma relação necessária entre premissas e conclusão quando se conceber que a conclusão, nada mais é, do que a informação que já havia sido obtida nas premissas.⁷²

Dessa maneira, o raciocínio dedutivo funciona pela identificação de um caso concreto numa regra geral previamente definida, mediante um raciocínio de desenvolvimento tautológico. A conclusão da dedução não apresenta nenhuma novidade, nenhuma inovação em relação às premissas. Apenas tenta expressar a inclusão de um determinado evento específico na regra aceita como ponto de partida. Parece funcionar em contextos nos quais uma regra geral seja suficientemente forte e comprovada para ser aplicada a casos específicos.

No campo estritamente empírico, o mecanismo se repete com o advento de premissas maiores comumente chamadas de máximas de experiência, enunciadas ou não

⁷¹ ABBAGNANO, Nicola. Verbete: Dedução. *Dicionário de filosofia*. Coord. Trad. Alfredo Bosi; Rev. Ivone Castilho Benedetti. 4ª. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 232-235.

⁷² Desenvolvimento essencial desse argumento pode ser verificado na obra de Atienza, em que trabalha a insuficiência da dedução como uma das críticas principais ao modelo de subsunção para aplicação das normas jurídicas. Cf. ATIENZA, ob. cit., p. 23-28.

conforme condições científicas. A partir desses pontos de partida, o raciocínio empírico encontra seu desenvolvimento, na medida que se busca, na segurança da regra e na relação entre esta e a espécie concreta, o ambiente lógico necessário a alcançar determinada conclusão.

Além das mesmas críticas opostas ao mecanismo de indução na construção da premissa de fato, outras poderiam ser levantadas como problemáticas nessa seara, como a escolha das regras de experiência utilizadas. O método dedutivo não garante, em absoluto, qualquer objetividade em sua seleção, permitindo que apenas o arbítrio do julgador a imponha. Isso é extremamente preocupante na proposição dedutiva, porque faz com que a escolha da premissa seja decisiva para o advento da conclusão. O controle da restrição do livre convencimento somente se dá após a seleção da premissa maior, o que compromete a suposta objetividade que o método pretende conferir ao raciocínio de investigação dos fatos.

Não fosse somente isso, o raciocínio dedutivo não garantiria mais do que critérios formais para sustentar a passagem das premissas para sua conclusão. É que o raciocínio dedutivo somente se ocupa da correção formal do argumento, mas não do conteúdo da inferência que é sempre relevante para decisões que extrapolem a exatidão de dados abstratos como na matemática. Tanto é possível partir de premissas falsas e argumentar corretamente do ponto de vista lógico, quanto seria possível partir de premissas e conclusões amplamente aceitas quanto argumentar incorretamente a lógica. Eis porque, por vezes, a lógica dedutiva é instrumento insuficiente para o controle das inferências. Esse tipo de raciocínio lógico não indaga sobre a validade das premissas obtidas.⁷³

Evidentemente, assim como ocorreu com o método indutivo, a formulação da dedução tomou rumos mais adequados para sua aplicação na vida prática, revelando-se confiável apenas em termos de probabilidade em relação àquilo que se observa empiricamente.

No fim das contas, entretanto, todas as vezes que se perquirir sobre o fundamento da premissa maior numa discussão empírica, a dedução sempre terá na indução seu único amparo. Isso porque as regras firmadas como premissa maior somente poderiam

⁷³ Muitas vezes, argumentos inválidos parecem válidos (falácias). Nesses casos, a lógica dedutiva não consegue distingui-los inteiramente. Há falácias formais: argumentos que parecem corretos do ponto de vista dedutivo, mas não são. Há falácias não-formais, que são divididas em falácias de concernência (premissas que não guardam relação de necessidade com as conclusões sendo incapazes de atestar sua verdade: argumentos *ad ignorantiam*, *ad hominem*, *petitio principii*) e falácias de ambigüidade (argumento que contém premissas ambíguas, cujos significados mudam no curso do raciocínio). O raciocínio dedutivo somente dá conta das falácias formais. Atienza, ob cit., p. 28 e seguintes.

ser descobertas com base em observações reiteradas, razão pela qual, em última instância, aplica-se também à dedução todo o peso dos argumentos levantados contra a indução.⁷⁴

Apesar das críticas formuladas, a ciência basicamente ainda se estrutura nesse tipo de proposições, na medida que se baseia na observação e na eficácia técnica de seus princípios para formular aquilo que chama de conhecimento, ainda que o faça de forma residual.

A questão não é se esse tipo de conhecimento tem algum valor, sendo óbvio que a resposta é, indubitavelmente, positiva a menos em termos pragmáticos, de manipulação da natureza de acordo com as necessidades do homem. A questão a ser analisada refere-se à possibilidade de se considerar esse modelo para todas as outras formas de conhecimento, em especial se tem vantagens em ser utilizado na teoria da prova jurídica. Essa concepção epistemológica se mantém fiel às suas premissas ao sustentar a validade de seu conhecimento em termos de autoridade da experiência.⁷⁵

§7. *Prova como demonstração.* A partir de pressupostos epistemológicos realistas, estruturou-se todo um conceito de prova, tanto em ciência quanto em direito, voltado para a demonstração da realidade.⁷⁶

Designa-se por “prova como demonstração” uma concepção epistemológica que considera a prova como uma operação mental para conduzir ao reconhecimento da verdade de uma proposição em termos objetivos, centrada exclusivamente na análise dos dados recolhidos do mundo real de forma pretensamente objetiva, relacionados por meras operações lógicas.⁷⁷ Trata-se da busca de provas universalmente válidas que fossem capazes

⁷⁴ Lombardo, ob. cit., p. 62 e seguintes.

⁷⁵ Um dos pensadores mais comprometidos em formular um conhecimento científico adequado sob bases lógicas ideais foi Karl Popper, cujas proposições tentaram formular modelo que ultrapassasse as objeções tradicionalmente impostas a indução e dedução como mecanismos definitivos do conhecimento. Foi assim que propôs as formulações falibilistas em oposição às pretensões verificacionistas que originariamente essas pretensões trouxeram. Não obstante as diversas críticas que suas formulações sofreram, serve para postular como ainda no século XX e mesmo posteriormente ao giro lingüístico esse tipo de pensamento ainda encontrou espaço nas reflexões filosóficas. A respeito do tema, apresentando o pensamento de Popper e a acolhida crítica que recebeu, cf. O’HEAR, Anthony (org). *Karl Popper: filosofia e problemas*. Trad. Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Unesp/Cambridge, 1997.

⁷⁶ Uma das características mais importantes dessa concepção da investigação jurídica se verifica no conceito de *verdade por correspondência*, assim entendida a correspondência entre aquilo concebido pelo raciocínio e a realidade objetiva. Para uma compreensão do termo, o que ele significa para o direito e afirmação de sua preferência em relação a outras concepções, cf. Taruffo, ob. cit., p. 167-183.

⁷⁷ A designação prova como demonstração remete a conceito difundido no direito processual. Cf. GIULIANI, Alessandro. Prova (filosofia del diritto). *Enciclopedia del diritto*. Varese: Giuffrè, vol. XXXVII, 1988, p. 518-579; KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007; ZANETI JR., Hermes. Direito probatório, lógica jurídica e processo: a racionalidade prática procedimental e o retorno ao juízo. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 179-227.

de demonstrar a realidade em si, os fatos como ocorreram, expressam modelo de conhecimento característico das ciências exatas ou naturais. Assim, a noção de prova ficaria subordinada aos ideais cientificistas que, de forma mais ou menos atenuada, pauta a reflexão empírica especialmente no campo do direito.

A identificação da verdade científica depende diretamente da análise objetiva dos dados sensoriais e desapaixonada quanto aos fins, o que somente poderia ser obtido por uma postura investigativa, promovida e controlada por um sujeito debruçado sobre determinadas evidências.

Conforme essa linha de pensamento, o conhecimento depende de uma evidência intuitiva ou sensível imediatamente verificada no objeto de análise ou por meio de inferências a ele relacionadas. Esse conhecimento se distanciava da opinião na medida em que era imposto pelo mundo exterior. Determina-se inteiramente pelo objeto, inclusive em termos do grau de revelação que proporcionava a determinada hipótese cognitiva levantada.⁷⁸

Assim, seria a partir de elementos do mundo exterior que se elabora o conhecimento, demonstrando pelos métodos de inferência a defesa de determinada conclusão. O conhecimento seria decorrência da apreensão daquilo que o mundo exterior revela; a verdade, como correspondência entre uma proposição e a realidade em si. Quanto melhor fosse a apreensão dos dados, melhor seria a conclusão. Na medida em que a prova se apresenta como evidência, o conhecimento dela resultante não poderia ser tido por falso por inferência lógica.⁷⁹

§8. *Demonstração no processo judicial.* Ainda que se relevasse o questionamento levantado sobre os mecanismos de conhecimento que embasam essa idéia de prova, o propósito de aproximá-la a investigação jurídica para conferir mais qualidade e legitimidade às suas decisões se revela extremamente difícil. Há notórias diferenças entre esses campos de investigação que impedem uma completa equivalência entre as propostas epistemológicas.

Em ciência, a investigação depende de condições bastante especiais para sua realização nem sempre verificadas na prática das decisões cotidianas. Cientes da dificuldade

⁷⁸ PERELMAN, Chaïm. Evidência e prova. In: *Retóricas*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 153-166.

⁷⁹ “Une telle épistémologie est donc régie par l’idéal de l’objectivité de l’information, qui présuppose un rapport de nécessité représentative entre pensée et langage, entre langage et réalité.” GIULIANI, Alessandro. Le rôle du “fait” dans la controverse (à propos du binôme “rhétorique-procedure judiciaire”). *Archives de philosophie du droit*. Paris: Dalloz/Sirey, t. 39 (le process), 1995, p. 232.

de transportar a pureza do método investigativo para o processo de concretização do direito, apenas toleram os desvios do ideal de verdade por causa das necessidades de resolução dos conflitos sociais envolvidos. No rigor do método, a investigação sob a estrutura característica do processo é considerada como um óbice ao descobrimento da verdade, o que impediria a comparação direta entre os dois tipos de investigação.⁸⁰

Ao contrário da liberdade criativa de uma análise não-institucional como o científico, a investigação processual é cheia de limitações. As principais diferenças parecem ser devidas aos propósitos de cada discurso pretende considerar. Enquanto a ciência se pauta apenas pela busca do descobrimento da verdade, o juízo de fato processual é condicionado pelos objetivos agregados à resolução do conflito e sofre interferência de seu pressuposto normativa, que concorrem com igual importância para a configuração das suas decisões. É por ter de resolver conflitos reais em cenários de recursos escassos que a investigação judicial teria diferenças estruturais em relação às formulações científicas.

Isso fica evidente quando se analisa a própria atividade probatória do processo judicial, quando fica desde o primeiro momento bastante claro sua enorme limitação em relação ao objeto da causa indicado pelas partes, a impossibilidade do uso de técnicas de tentativa/erro, ao lapso temporal designado pela necessidade de se postular uma decisão o mais rápido possível. Também a coisa julgada, apesar de não ser instituto estrutural ao processo, acaba por restringir a abrangência das ilações empíricas na medida que impede a ampla revisão de questões, ainda que essa vedação não seja absoluta. Por fim, as diversas regras do direito probatório estabelecem procedimentos que, nem sempre, favorecem a busca da verdade.⁸¹

A esperança é sempre que a verdade, ou a versão que mais se aproxime dela, seja conhecida por meio da análise de evidências e uso da razão consistente dos métodos e que os critérios de verdade pautem a legitimidade do juízo de fato. Essa perspectiva é expressão do realismo clássico, que deposita fé na observação do mundo objetivo de maneira a compreender a realidade que se mostra. Tal situação conduz à adoção de uma versão mais fraca desse modelo de conhecimento, que reconhece algumas restrições na aquisição de suas premissas e em seus métodos, limitando-se a afirmar sua probabilidade,

⁸⁰ Essa dificuldade de transferências de habilidades aparece nas comparações do labor judicial com outras atividades investigativas, como as que traçam paralelo com o historiador, com o detetive ou mesmo quanto às investigações de clínica médica, que de um modo geral tomam a atividade judicial como algo essencialmente cognoscitiva. Cf. CALAMANDREI, Piero. Il giudice e lo storico. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, v. XVI, n.1, 1939, p. 105-128; IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n. 12, 1992, p. 271-277.

⁸¹ Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, p.56-60.

mas sem jamais se desvincular da evidência como fonte primordial de onde o conhecimento emana em direção à mente investigadora.

§9. *Afirmação histórica dessa perspectiva epistemológica.* O sucesso e a influência dessa forma de explicar o conhecimento não advêm apenas de seu apelo a noções intuitivas à modernidade, mas de um contexto histórico bastante favorável, identificado com a centralização do poder político que estrutura e instrumentaliza esse tipo de formulação no âmbito institucional. É que os elementos de centralização do poder, gestados a partir da mesma matriz filosófica, determinaram uma instância única e determinante de avaliação e decisão de questões sociais a qual atraiu para si a determinação última dos fatos em relação a decisões práticas referentes a esfera pública. Essa construção exigiu legitimidade das formas de atuação do poder público, que apelava à razão para conferir poder vinculativo para suas decisões.

A análise do desenvolvimento das instituições jurídicas confirma esse tipo de movimento epistemológico, em especial no que se refere a seu processo de concretização. Trata-se de elemento fundamental para a construção da dogmática da prova e da construção das decisões jurídicas a partir dela. A conjuntura histórica parece criar condições propícias para o surgimento de uma forma objetiva de investigação da verdade, centrada nas atividades investigativas conduzidas por seus prepostos.

Ao invés de um confronto entre pontos de vista divergentes sobre o mesmo evento, a idéia seria promover uma investigação controlada pela autoridade central cujo dever era empreender uma busca desinteressada da verdade através de um mecanismo denominado “inquérito”. Esperava-se do diretor desse inquérito disposição sobre os mecanismos probatórios, exame de testemunhas e produção dos meios de prova, interrogatório, antes de proferir seu julgamento. Nesse contexto de esperança nas possibilidades do conhecimento humano e de centralização do poder, o processo judicial acompanhava tais tendências reestruturando seus institutos.⁸²

Tal noção exerceu influência direta na concepção de processo judicial na modernidade, o qual passava a se organizar em torno da figura do juiz como sujeito de

⁸² No intuito de criticar a pretensão universalista da razão desenvolvida pela ilustração européia e abraçada pelo mundo ocidental, Michel Foucault oferece interessante perspectiva histórica sobre a origem da concepção de verdade ao focar o instituto do “inquérito”, aqui tomado por num sentido amplo. Argumenta que esse mecanismo de investigação não é uma consequência de uma premissa epistemológica do avançar da razão, mas um desdobramento da centralização do poder que começava a ocorrer após o período de fragmentação do poder político no medievo. Seria, antes de tudo, uma forma de autenticar a verdade, com a finalidade de exercer o poder. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3ª. Edição. 4ª. Reimpressão. Rio de Janeiro: NAU/PUC-RJ, 2008, especialmente n. 3.

conhecimento que se posicionaria como coordenador das atividades probatórias de maneira equidistante das partes com o intuito de viabilizar uma apreciação própria e imparcial dos fatos, capaz de garantir uma investigação livre e orientada ao seu objetivo único regido pelos métodos lógicos disponíveis.

Esse modelo de organização do processo, como mecanismo de exercício do poder, prevaleceu independentemente da ideologia professada pelos ordenamentos jurídicos que os acolheram, indicando uma reflexão abrangente da mentalidade moderna. Isso fica claro na consideração da história das instituições processuais no século XX, em que, apesar das profundas divergências existentes entre as ideologias professadas no mundo bipolarizado, tal concepção epistemológica se afirmou, com progressiva força, independentemente desse fator. Isso pode ser sobejamente comprovado na comparação dos modelos ocidentais com o modelo soviético, nos quais o tema dos poderes instrutórios do juiz tornou-se uma preocupação fundamental para a efetividade do processo e realização de suas garantias de ação e defesa.⁸³

§10. Modelo assimétrico de consideração dos fatos. Dessa conjuntura filosófica e política, derivou toda uma dogmática da prova, que necessariamente se desenvolve de maneira coerente com os pressupostos epistemológicos indicados. Ao acompanhar esse prisma de análise, é natural denominar o modelo dogmático pelo qualificativo “assimétrico”, diante da primazia cognitiva do juiz em relação aos demais integrantes do processo. Ao conhecimento dele se dirigiriam as provas numa forma de convencê-lo de que a realidade se apresenta de tal ou qual maneira. Detém posição privilegiada para avaliação do material

⁸³ Apesar das diferenças quanto as restrições dos poderes instrutórios do juiz, é nítido que as legislações compartilham desse mesmo pressuposto epistemológico. Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 77-87.

O processo soviético, apesar de pretender se diferenciar dos métodos lógico-formais das formulações burguesas, compartilha das mesmas influências epistemológicas da modernidade. Isso pode ser percebido na explicitação das diferenças entre as soluções processuais buscadas em cada ordenamento. A crítica soviética ao modelo burguês se baseava em sua percepção distorcida dos métodos científicos, segundo uma lógica puramente formal: “El derecho soviético rechaza el método jurídico formal como anticientífico y nocivo, como un método que dificulta o excluye por completo la posibilidad de establecer la verdad en el proceso, de esa verdad que constituye el objetivo básico de todo el procedimiento judicial.” Entretanto, como alternativa a essa distorção, “El tribunal soviético aspira establecer la verdad material, o con otras palabras, la verdad auténtica. Em virtud de ello el tribunal soviético no actúa únicamente en la resolución de los asuntos civiles, por ejemplo, a base de los datos presentados por las partes, y solo desde el punto de vista de su concordancia exterior con las proposiciones de la ley, sino que profundiza obligatoriamente en la esencia auténtica de las relaciones jurídicas dadas.” Não obstante as diferenças existentes entre os sistemas, especialmente quanto a delimitação da causa pelas partes e quanto a amplitude dos poderes do juiz, não se rompe com a perspectiva epistemológica que atribui ao sujeito cognoscente e ao método de atuação a possibilidade de descobrimento da verdade e a legitimidade da investigação. Cf. VISHINSKI, Andrei. *La teoría de la prueba en el derecho soviético*. Buenos Aires: Editorial Nuevo Derecho, 1951, p. 250.

A consolidação dessa perspectiva se mostra nas diversas refutações apresentadas contra novas reflexões sobre antigas discussões, cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Neoprivatismo no processo civil. In: *Temas de direito processual – 9ª série*. São Paulo: Saraiva, 2009.

levantado com a finalidade de tomar uma decisão informada, formalmente correta e calculada segundo a perspectiva de um juiz imparcial.⁸⁴

Por isso, a dogmática da prova, como elemento de decisões jurídicas, passa a orbitar sobre a questão do controle à atividade cognitiva do juiz na condução da investigação processual, assim como, sobre a construção de um procedimento de investigação, na intenção de retirar sua legitimação precisamente das qualidades do método empregado.

Para esse tipo de modelo processual, é imprescindível a afirmação da imparcialidade do julgador anteriormente referida, mediante todo um sistema de limitação da investigação como aquela referente à definição do objeto da demanda pelas partes, ilicitude de determinadas provas, procedimentos para sua produção em juízo com a participação dos interessados, aporte técnico mediante especialistas, regras de restrição ou liberdade quanto a valoração de cada elemento trazido aos autos.

A fundação do Estado moderno e a transformação do juiz em funcionário público, associado ao desenvolvimento promissor do conhecimento científico, consolidaram essa construção do conceito de prova e esse modelo de processo.⁸⁵ A fé no conhecimento da realidade e o objetivo de seu descobrimento, procurou-se a partir do domínio de técnicas científicas a aproximação à verdade objetiva por meio de uma minuciosa avaliação dos elementos probatórios que possibilitariam a valoração da probabilidade dos fatos.

O desenvolvimento técnico acendeu discussões sobre os métodos de produção da prova em juízo, divididos entre a utilização da prova legal, que funcionava através de valorações prévias impostas pela legislação, ou a liberação convencimento jurisdicional, capaz de possibilitar, de maneira mais profícua, a legitimidade da decisão com base na verdade dos fatos, amparado na confiança na qualidade das investigações epistemológicas. Desse embate dogmático, o princípio do livre convencimento prevaleceu, expressando a autonomia do julgador em relação a preceitos legais de valoração da prova.

Como contrapeso a essa liberdade, foram instituídos diferentes instrumentos de controle dogmático como toda uma metodologia para formação do conjunto probatório, valoração dos elementos trazidos à consideração do processo e tomada de decisão mediante os critérios legais. Esse controle é totalmente voltado à promoção dos ideais de autonomia

⁸⁴ Cf. GIULIANI, Alessandro. *Prova (filosofia del diritto)*, p. 526-529.

⁸⁵ “La disciplina procesuale dell’assunzione e della valutazione delle prove, introdotta con le prime riforme seguite alla Rivoluzione, rifletteva proprio questo nuovo clima ideológico. Al giudice, ora pubblico funzionario, emanazione e rappresentazione tangibile del potere statuale, da um lato veniva affidato il compito di assumere le prove costituende in un’undienza pubblica e di valutare liberamente le testimonianze, le perizie e le ispezioni giudiziali, con conseguente abolizione delle regole di prova legale proprie del c.d. sistema delle tariffe; dall’altro, veniva imposto l’obbligo di giudicare in ogni caso, anche in mancanza di un proprio convincimento sui fatti, e di motivare la sentenza.” Lombardo, ob. cit., p. 25-26.

do indivíduo característico do período, intrínsecos também a compreensão do processo como um todo.

Na qualidade de método de organização do material probatório, o processo judicial aparece como fenômeno burocrático e criação artificial em que se procede antes a obtenção de informações e cálculos do que comunicação e diálogo. A prova se reduzia a um mecanismo de acerto técnico, infenso a qualquer limite sobre a consideração das informações disponíveis porquanto criam óbice à cognição realizada com base na consideração de dados efetuada pelo julgador. Seria a objetividade da ciência que promoveria a correção da decisão.⁸⁶

Tal concepção da crença na força do raciocínio epistemológico, privilegiando métodos de investigação e conclusão que confeririam maior racionalidade às diversas formas de proceder. É precisamente por causa dessa perspectiva que a dogmática da prova toma como função primordial as restrições aos poderes probatórios do juiz que, desvinculados de seus pressupostos epistemológicos e voltados a objetivos tão nobres quanto a verdade, muitas vezes parecem meras formalidades cuja manutenção se afigura injustificável.⁸⁷

Essas concepções do raciocínio sobre normas e sobre fatos estão à base da dicotomia questão de fato e questão de direito, que, até hoje, influencia o pensamento jurídico.⁸⁸ A descoberta do fato é elemento diverso e independente da norma jurídica e sua definição deve preceder qualquer movimento de aplicação das regras de direito. Nessa concepção de prova, o método científico é elevado à condição de mecanismo definitivo que garante que seja alcançado um resultado racional a partir de métodos indutivos ou dedutivos. A questão jurídica, embora submetida à mesma lógica, ligava-se a juízos de valor necessariamente relacionados às considerações sobre a ação humana em diferentes situações e sujeita subjetivismos que viriam a ser evitados pela positivação do direito.⁸⁹

Operando em termos de subsunção entre fatos e normas, o direito não teria alternativa na estruturação de seu processo, senão favorecer a aplicação desse raciocínio. Trata-se da reprodução, em todos os passos do desenvolvimento do direito em direção à decisão, de um mesmo esquema que tem nesses pressupostos sua âncora mais forte.

⁸⁶ Giuliani, ob. cit., p. 565 e seguintes.

⁸⁷ Bedaque, *Poderes instrutórios*, p. 12-22.

⁸⁸ Para uma abordagem tradicional da dicotomia, cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997, p. 429-438. A crítica a essa distinção, em diversos planos filosóficos e jurídicos, pode ser encontrada no trabalho de Danilo Knijnik, com repercussão expressa nos problemas referentes ao direito processual. KNIJNIK, Danilo. *Recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

⁸⁹ UBERTIS, Giulio. *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*. Milano: Giuffrè, 1979, p. 9.

Com base em toda essa construção é que se propôs a dogmática da prova tal como se consolidou nos ordenamentos jurídicos dos tempos atuais. Diante dessas premissas que a regulamentação da prova jurídica apostou no controle do juízo de fato pela imparcialidade e investidura dos julgadores⁹⁰, na obrigatoriedade de imediação entre juiz e prova, na restrição de sua participação na formulação do conjunto probatório⁹¹, em métodos científicos de obtenção das evidências que subsidiarão o juízo de fato, na livre apreciação do conjunto probatório pelo julgador de maneira a afastar subjetivismos⁹², na postulação por regras claras e estáticas de imposição do ônus da prova, em especial, nos termos meramente descritivos do raciocínio do juiz em que se impõe a motivação da sentença.⁹³

§11. *Verdade e prova.* Como resultado de tantas restrições, a versão fraca do realismo no campo processual se completa ao verificar os termos em que propõe a relação entre verdade e prova, na medida que mitiga os objetivos dessa investigação na esperança de proporcionar uma descrição mais fiel ao que o processo promete e é capaz de alcançar.

Das adaptações decorrentes de mais esse ajuste, surge a distinção verdade formal, ou processual e verdade *tout court*, ou material, cuja proposta é reconhecer o *minus* que o processo representaria quanto aos métodos cognitivos ideais previstos pela ciência. A

⁹⁰ É curioso notar a abordagem de Ferrajoli sobre o critério de imparcialidade do juiz como uma espécie de critério epistemológico de validade para construção dos juízos de fato. Apesar de não adotar uma abordagem positivista do conhecimento em geral ou no processo, resguarda o caráter subjetivo da probabilidade, não dissociando os mecanismos de valoração da prova das impressões do juiz. Tal perspectiva, também identificada por outros autores que também consideram pressupostos lingüístico-semânticos da teoria do conhecimento, dá a dimensão da força com que a noção de convencimento está arraigada na perspectiva jurídica da investigação dos fatos deixando de romper totalmente com a dicotomia sujeito-objeto característica da filosofia da consciência moderna. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. Roma: Laterza, 1990, p. 126-135.

⁹¹ A participação do juiz na formulação do conjunto probatório é bastante restrita considerando a distinção bastante interessante que alguns autores do processo penal fazem entre fontes e meios de prova. Afirma-se que fontes de prova designam pessoas ou coisas das quais se pode conseguir dados informativos sobre a causa (classificadas em fontes pessoais, como testemunhas, vítimas, acusados, ou fontes reais, como os diversos tipos de documentos), enquanto que os meios de prova seriam instrumentos ou atividades por meio dos quais os dados probatórios seriam introduzidos e fixados no processo (testemunho, perícias, apresentação de documentos). Os poderes instrutórios do juiz seriam limitados a produção de meios de prova, mas nunca a busca de novas fontes de prova, sob pena de criar confusão com o papel do acusador e reconhecendo a própria função características inquisitórias. Cf. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanóide. *Estudos em homenagem a professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 308-310; TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo, RT, 2002, p. 242-243; SENTÍS MELENDO, Santiago. *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: EJE, 1978, p. 60-61.

⁹² NOBILI, Massimo. *Il principio di libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 1974, capítulo I.

⁹³ LAGIER, Daniel Gonzalez. Hechos y argumentos: racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal (I). *Jueces para la democracia*. Madrid: vol. 46, março/2003, p. 17-26; LAGIER, Daniel Gonzalez. Hechos y argumentos: racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal (II). *Jueces para la democracia*. Madrid: vol. 47, julho/2003, p. 35-51.

estratégia de enunciar objetivos mais modestos do processo denuncia a orientação dessa perspectiva em legitimar as investigações pela estabilização das expectativas e não pela racionalidade de suas construções, abandonando parte importante da perspectiva epistemológica sobre a qual foi construída.⁹⁴

A dicotomia apresentou diversas formulações na teoria da prova, diante das mais diversas ideias que tentavam harmonizar direito e epistemologia dentro desse mesmo paradigma.

Daí porque o descontentamento com a adaptação dos mecanismos processuais e discussões sobre sua pertinência em relação aos métodos científicos acabou por gerar, num primeiro momento, uma diferenciação entre as modalidades processuais, considerando suas possibilidades em relação à verdade dos fatos. Processo civil e processo penal detinham e, sustentava-se, deveriam deter, métodos investigativos diferentes na medida que tutelavam direitos materiais totalmente distintos. O processo civil, voltado à tutela de interesses privados, submetido ao princípio dispositivo, alcançaria sua missão ao atingir a mera verdade formal, enquanto o processo penal, voltado à tutela da liberdade como bem fundamental e do interesse público de punir criminosos, organizar-se-ia em termos inquisitivos, porque somente poderia se contentar com o descobrimento da verdade material.⁹⁵

⁹⁴ Carnelutti, ob. cit., p. 34

⁹⁵ Segundo Ferrer Beltrán, a distinção verdade material e verdade formal foi construída para escapar de um dilema epistemológico. Diante de uma conceituação de prova que considerava a verdade como elemento essencial (ainda que insuficiente) para a comprovação de uma proposição, ou seja, diante da idéia de que somente poderia ser considerado provado aquilo que é verdadeiro, o processo se via obrigado a contornar as objeções que sua prática faria a essa tese. Daí a criação da famosa dicotomia, que visava explicar o porquê em diversas ocasiões se teria por comprovado um enunciado falso, proposta em especial pela doutrina alemã do século XIX (Von Canstein, Wach, Bülow). A dicotomia dá ênfase à força constitutiva da análise dos fatos provados, à restrição desse juízo às provas apresentadas, a autoridade do julgador na conclusão sobre os fatos e a irrelevância jurídica da verdade material após a resolução do caso. Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, p. 61-63.

A utilização dessa dicotomia para distinguir entre atividades cognitivas do processo civil e do processo penal aparecem como contingentes na argumentação dogmática, pois há diferentes disposições sobre esse assunto nas legislações processuais, mas bastante presente na tradição jurídica continental. Normalmente é utilizada para justificar uma postura mais participativa dos juizes na instrução penal do que aquela referente ao processo civil, conforme a natureza pública ou privada do direito envolvido. Ainda nos dias atuais, a dicotomia é presente e pauta os limites cognitivos dos ramos do processo de maneira diferente, muito embora identifique uma aproximação considerando questões jurídicas de interesse público submetidas ao processo civil: “A natureza pública do interesse repressivo exclui limites artificiais que se baseiem em atos ou omissões das partes. À vista disso, quando a causa não-penal versa sobre as relações jurídicas em que o interesse público prevalece sobre o privado, não há concessões a verdade formal. Nas causas versando direito de família ou infortunistica, de longa data se faz presente o órgão do Ministério Público e o juiz não está vinculado ao impulso das partes. Eis o fundamento político jurídico do princípio. No campo do processo civil, embora o juiz hoje não mais se limite a assistir inerte à produção das provas, pois o princípio pode e deve assumir a iniciativa destas (CPC; arts. 130, 342, etc.), na maioria dos casos (direitos disponíveis) pode satisfazer-se com a verdade formal, limitando-se a acolher o que as partes levam ao processo e eventualmente rejeitando a demanda ou a defesa por falta de elementos probatórios. No processo penal, porém, o fenômeno é inverso: só

O reconhecimento do caráter publicista do processo civil, aos poucos, mudou esse panorama aproximando os modelos investigativos, com aumento dos poderes investigativos do julgador como alternativa de superação dos obstáculos à identificação da verdade,⁹⁶ mas, apesar da redução das diferenças entre os tipos processuais, já não se poderia ignorar o forte criticismo dirigido à suficiência dos métodos científicos, abandonando a ilusão de que é possível buscar o conhecimento da verdade através dos métodos científicos. Isso conduz o processo a um vácuo epistemológico, onde várias teorias buscam explicar como seria possível legitimar a decisão sobre prova num cenário em que não se garante a busca da verdade, mas amplamente baseado nessa concepção de conhecimento.

Esse ponto coloca em xeque a ideia de que há relação conceitual entre prova e verdade, quando se assumiu tanto em ciência quanto no processo que, nem sempre, o enunciado “*está provado que p*” corresponde ao enunciado “*é verdade que p*”. A releitura dessa compreensão deu uma sobrevida às noções de conhecimento realista na medida que possibilitou manter a confiabilidade dos métodos científicos na busca da verdade, mas também explicar suas ocasionais falhas. No campo específico do direito processual, a revisão da noção de prova vai ao encontro da utilização feita pelo jurista ao lidar

excepcionalmente o juiz penal se satisfaz com a verdade formal, quando não disponha de meios para assegurar a verdade real (CPP; art. 386 inc. VI). Assim, p. ex.: absolvido o réu, não poderá ser instaurado novo processo criminal pelo mesmo fato, após a coisa julgada, ainda que venham a ser descobertas provas concludentes contra ele. É uma concessão à verdade formal, ditada por motivos políticos. Mas, enquanto no processo civil o princípio dispositivo foi aos poucos se mitigando, a ponto de permitir-se ao juiz uma ampla gama de atividades instrutórias de ofício (v. ainda CPP, art. 440), o processo penal caminhou em sentido oposto, não apenas substituindo o sistema puramente inquisitivo pelo acusatório (no qual se faz uma separação nítida entre acusação e jurisdição (CPP, art. 28), mas ainda fazendo concessões ao princípio dispositivo (art. 386, inc. VI), sem falar na lei dos Juizados Especiais (lei n. 9.099, de 26.9.95). [...] Impera, portanto, tanto no campo processual penal como no campo processual civil, o princípio da livre investigação das provas, embora com doses maiores de dispositividade no processo civil.” CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 9ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 71-72.

Essa intuição referente à diferença do objetivo da investigação processual é inconsistente com algumas idéias que orientam a matéria. O assunto é explorado por Badaró, que afirma não serem necessárias as relações entre o princípio dispositivo, como característica fundamental de direitos que dão primazia das escolhas do indivíduo em relação aos poderes do Estado, e poderes instrutórios do juiz, para influir na aquisição do material probatório. Enquanto esta é uma questão de técnica processual altamente influenciada pela configuração epistemológica subjacente a dogmática da prova, há muitas formulações do direito probatório que adotam tal modelo de investigação de maneira independente da disponibilidade do direito que tutelam, inexistindo relações necessárias entre as duas ideias (Badaró, ob. cit., p. 149-153). Entretanto, apesar de se ressaltar que essa tradicional idéia é falsa, não é equivocado identificar diferenças na cognição de acordo com a matéria que se afigura objeto do processo, conforme será sustentado a seguir.

⁹⁶ Para uma descrição dessa tendência nos ordenamentos jurídicos europeus em suas principais linhas de argumentação, cf. TARUFFO, Michele. Poderes probatórios de las partes y del juez en Europa. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n. 29, 2006, p. 249-271.

constantemente em condições desfavoráveis de investigação diante das características dos objetos investigados.⁹⁷

§12. *Probabilidade.* A substituição da verdade pela probabilidade como aproximação do real foi a alternativa mais consistente encontrada para manter grande parte dos pressupostos teóricos enunciados. O advento dessa formulação deu azo a inúmeras teorias que vêm tentando propor, com maior ou menor adesão, o fundamento epistemológico do juízo de fato nessa mesma perspectiva. Essa conclusão é bem pouco problematizada no âmbito da doutrina processualista, embora seja amplamente aceita.⁹⁸

Uma vez que a premissa assumida remete à prova judicial como probabilidade, o desenvolvimento do direito probatório tem a obrigação de acompanhar esse pressuposto filosófico, com sérias repercussões em especial para a questão da valoração da prova. Os juristas, normalmente, empregam a ideia de probabilidade com uma conotação negativa, entendida, simploriamente, como “aquilo que não é falso, nem tampouco absolutamente verdadeiro.”⁹⁹ Assim, abre-se espaço para que outras idéias probabilidade como instrumento de cognição empírica, pode ser formulada de maneiras muito diferentes, com impactos relevantes na teoria jurídica da prova em especial quanto ao momento de sua valoração. Impõe-se uma breve incursão no tema, de modo a apresentar como essa reflexão influencia na conformação dos institutos de direito probatório.¹⁰⁰

A partir de uma perspectiva realista, diversas teorias científicas procuram tratar da probabilidade, dando-lhe receitas diversas e concorrentes para que seja conceituada e, conseqüentemente, possibilite critérios para se identificar a aproximação da realidade em

⁹⁷ Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, p. 68 e seguintes.

⁹⁸ DINAMARCO. Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5ª. Ed. São Paulo: Malheiros, vol. III, 2005, p. 81-82.

⁹⁹ “Desafortunadamente, el empleo de los términos ‘probable’, ‘probabilidad’ y parecidos no es en absoluto el idóneo para esclarecer las cosas, y mucho menos para establecer los criterios sobre los que las pruebas hacen aceptable la hipótesis sobre el hecho. Por un lado, la idea de probabilidad difundida, en especial, pelos juristas tiene una connotación puramente negativa, ya que se tiende a definir como probable aquello que no es falso pero que tampoco es ciertamente verdadero. Sin embargo, puede intuirse que con nociones negativas y muy genéricas como ésta no se puede llegar muy lejos. Por tanto, no se puede esperar que surjan de ellas soluciones para problemas complejos como los que se plantean en la determinación del hecho sobre la base de las pruebas.” Taruffo, *La prueba de los hechos*, p. 191.

¹⁰⁰ Conforme se asseverou acima, esse estudo não depende da escolha entre teorias sobre o objetivo da prova para ser desenvolvido. Como pretendemos demonstrar, as teses contemporâneas a esse respeito bastariam para identificar a necessidade de considerar a noção de probabilidade como elemento essencial ao desenvolvimento dos institutos de direito probatório. Tal premissa, entretanto, impede o compromisso com alguns argumentos no desenrolar da análise dos institutos de direito probatório. Eis o motivo pelo qual a exposição referente à probabilidade se furtará a apresentar determinadas propostas quanto ao desdobramento das noções de probabilidade, principalmente quando vinculadas a uma ou outra teoria sobre o objeto da prova, juízo que se colocou em suspenso linhas acima.

termos quantitativos. Para esse propósito, há um número indeterminável de teorias passíveis de aproveitamento pela teoria da prova. Partindo da idéia de que todos os conceitos de probabilidade são vinculados à noção de “acerto inferencial” (informações sobre casos específicos a inferências indutivas observadas empiricamente para extrair conclusões), o desenvolvimento desse conceito toma rumos distintos considerando o objeto de sua investigação.

A seguir, são destacadas as principais teorias que vêm sendo consideradas em respeito à teoria da prova judicial, como fundamento teórico suficiente ou auxiliar às suas conclusões. Algumas teorias têm maior sucesso que as outras ao postular a adesão dos juristas em suas empreitadas. O critério de seleção de apresentação procurou identificar as formas mais diversas e mais debatidas no âmbito jurídico, de modo a conferir uma perspectiva geral do assunto, de acordo com o objetivo último do trabalho.¹⁰¹

§13. *Probabilidade de eventos.* Uma primeira abordagem da teoria da prova é feita a partir de critérios matemáticos voltados à “probabilidade de eventos” nessa perspectiva científica. Tal perspectiva da probabilidade teria por objetivo medir a frequência na qual determinado evento se produz em determinada sucessão de acontecimentos tendente ao infinito. Identifica-se com os mecanismos de probabilidade estatística, que dá origem aos cálculos matemáticos de probabilidade. É noção cuja finalidade é alcançar a objetividade do raciocínio, medindo o número de possibilidades que em evento ocorra, comparado com o número de possibilidades que não ocorra.¹⁰²

Sua aplicação na teoria da prova jurídica serviria como uma espécie aporte científico à premissa maior do raciocínio probatório, de modo a agregar confiabilidade lógica à sua conclusão. Seria uma forma de criar, pela observação absoluta do mundo da vida e através de cálculos estatísticos, regras da experiência que ajudassem na conclusão de inferências lógicas no processo judicial. A partir da identificação matematicamente provável dessa regra de experiência, seria possível analisar a hipótese específica como uma espécie incluída nesse conjunto catalogado de acontecimentos reiterados como uma espécie de dedução, razão pela qual se poderia inferir o mesmo resultado de maneira racional e suficiente para o julgamento de questões de fato.

¹⁰¹ A seleção das teorias da prova é corroborada, por exemplo, no trabalho de Twining, em que destaca as principais linhas evolutivas do direito probatório na contemporaneidade. Cf. TWINNING, William. Narrative and generalization in argumentation about question of facts. *South Texas Law Review*, n. 40, 1999, p. 351-366.

¹⁰² FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 91 e seguintes.

Esse argumento encontrou algum espaço na teoria da prova no século XX. Nos idos dos anos de 1950, a Corte de Massachusetts, nos Estados Unidos julgou o caso *Smith v. Rapid Transit Inc.*, no qual um acidente teria sido causado por um ônibus azul e teria sido levantada controvérsia sobre o fato de o referido ônibus pertencer à empresa ré no processo. Nesse caso, teria sido apurado que quatro quintos dos ônibus azuis operantes naquela cidade seriam de propriedade da ré. Assim, para verificar a hipótese de que o ônibus causador do acidente pertence à empresa ré, seria calculada a partir da proporção dos ônibus azuis na cidade pertencentes àquela empresa. Essa proposição serviria como base suficiente para uma conclusão que afirma: é provável que o ônibus causador do acidente pertença à empresa ré.

Seria essa informação adequada para subsidiar um juízo de fato dirigido à condenação da requerida num modelo dedutivo? Mais especificamente, a regra derivada da probabilidade estatística de que os ônibus azuis daquela cidade pertençam à determinada empresa implica, necessariamente, confirmação da hipótese de que o ônibus causador do acidente pertencia àquela mesma empresa? Neste caso, ainda naquela época, o Tribunal se mostrou refratário a esse modelo de racionalidade: “O máximo que se pode dizer sobre as provas desse caso é que talvez as chances matemáticas de alguma forma favoreçam à proposição de que um ônibus da ré causou o acidente. Isso não é suficiente.”¹⁰³

Esse caso não foi isolado na tentativa de utilização do raciocínio estatístico na comprovação de fatos jurídicos. A Suprema Corte dos Estados Unidos tem um curioso precedente no caso *People v. Collins*, no qual uma senhora idosa andava num beco e foi agredida por trás e roubada. Após a agressão, a vítima, entretanto, conseguiu ver uma mulher loira, com rabo de cavalo, correndo em fuga do local. Uma testemunha disse que vira uma mulher loira correndo para fora do beco no mesmo local e hora, e, em seguida, teria entrado em um carro amarelo dirigido por um homem negro e barbado. Alguns dias depois, a polícia prendeu um casal com a mesma descrição. A promotoria os leva a julgamento pelo roubo com base em cálculos estatísticos que indicaria ser muito difícil que aquele casal não fosse o culpado, considerando a combinação das probabilidades no cálculo estatístico. A Suprema Corte tampouco aceitou os argumentos, considerando que tal

¹⁰³ “The most that can be said of the evidence in the instant case is that perhaps the mathematical chances somewhat favors the position that a bus of the defendant caused the accident. This was not enough”. *Smith v. Rapid Transit Inc.* (317 Mass. 469, 58 N.E. 2d. 754, 1954) apud. TRIBE, Laurence H. *Trial by mathematics: precision and ritual in the legal process.* *Harvard Law Review*, n. 84, 1971, p. 1340-1341, (nota 37, tradução livre).

probabilidade estatística não caracterizaria o tipo de prova incriminadora capaz de proporcionar um juízo conclusivo sobre os fatos investigados.¹⁰⁴

O estudo da experiência estadunidense sugere que por mais que essa idéia de probabilidade estatística organize em termos racionalmente aceitáveis, a idéia de probabilidade e tenha argumentos para ser sustentada pelos teóricos da prova judicial, realmente não pode ser aceita nos exatos termos daquilo que o Tribunal de Massachusetts e a própria Suprema Corte afirmaram: a probabilidade estatística nada diria sobre fatos especificamente considerados, aquilo que realmente interessa ao raciocínio do processo judicial.¹⁰⁵

Assim, por exemplo, não é possível aceitar argumentos de valoração da prova exclusivamente fundamentados na frequência com a qual jovens de classe média, detentores de carros esportivos, entre vinte e vinte cinco anos de idade, envolvem-se em acidentes de trânsito com vítimas fatais na madrugada. Importa, sim, se o jovem Manoel foi o responsável pelo acidente que vitimou Maria numa dada noite de sexta-feira. Esse tipo de frequência relativa de eventos pode até ter amparo científico que fundamente uma noção de probabilidade altamente respeitada e favorável para uma série de conhecimentos e fundamentar uma série de medidas prospectivas como campanhas publicitárias ou, até mesmo, maiores regulamentações na renovação de licenças para dirigir, mas, dificilmente, poderá ser aproveitada pelas investigações jurídicas referentes ao fato. Essa intuição é bastante forte no raciocínio dos juristas. A probabilidade estatística raramente é utilizada pelos juristas como mecanismo fundamental de avaliação dos fatos. Isso não significa, entretanto, que inexistam situações que possibilitem uma utilização adequada como auxílio à reflexão jurídica.

Aqueles que defendem esse tipo de conceito de probabilidade para o raciocínio sobre provas judiciais se pautam em bons argumentos para sustentar tal abordagem. Talvez o argumento mais forte seja aquele que trata da minimização dos erros que essa formulação proporcionaria. Na medida que o direito seria uma espécie de aplicação de consequências

¹⁰⁴ FINKELSTEIN, Michael O.; FAIRLY, William B. A Bayesian approach to identification evidence. *Harvard Law Review*, n. 83, vol. 3, 1970, p. 489-496,

¹⁰⁵ Isso é corroborado doutrinariamente pelo estudo de Taruffo: “[...] cuando se conjetura o se establece a priori o se escoge de partida el valor probabilístico a atribuir a un determinado evento o a uma hipótesis específica, se acaba evitando el problema que, en cambio, debería ser resuelto. Este se refiere precisamente a la determinación del grado de aceptabilidad que se atribuye a un elemento de prueba específico relativo a una cierta hipótesis de hecho. Este problema es irrelevante para el matemático, que se ocupa de las modalidades de un cálculo abstracto; en cambio, el mismo problema es decisivo en el proceso, donde ningún cálculo y ningún razonamiento es lícito si no parte de las modalidades de determinación del valor que se atribuye al elemento de prueba concreto.” Taruffo, *La prueba de los hechos*, p. 217.

para situações antecipadamente previstas nas normas, o objetivo das provas seria apenas minimizar os riscos de erro de identificação desses antecedentes, de modo a proporcionar mais acertos do que equívocos, de modo que se obtenha, socialmente, a aceitação de seus procedimentos. Tanto no caso dos ônibus azuis, quanto no caso dos jovens proprietários de carros esportivos, seria suficiente calcular a probabilidade com a qual esses eventos ocorrem para justificar a decisão, com a segurança de acertar mais do que errar.¹⁰⁶

Esse tipo de justificação, entretanto, dificilmente satisfará o jurista. A decisão jurídica em matéria de prova não pode depender apenas do acerto casual do que aconteceu, ainda que se utilize método ao qual se atribui grande confiança como a probabilidade estatística. Deve ser amparada em argumentos voltados às provas produzidas e o debate sobre elas de modo que as conclusões sejam referentes aos casos específicos e pautadas nos elementos disponíveis nos autos, lidos de forma aceitável.¹⁰⁷

Analisando com vagar a utilização desse modelo de raciocínio, é ainda fundamental identificar a dificuldade de se passar de proposições oferecidas pela probabilidade estatística, mesmo tomada como informação prévia do raciocínio sobre os fatos da causa, para aquelas requisitadas pelo direito referente as probabilidades dos fatos individuais. No caso dos ônibus azuis, podemos dizer que 80% dos ônibus que passam no local do acidente são de propriedade de uma determinada companhia, mas isso implicaria dizer que 80% dos acidentes causados por ônibus azuis são dessa companhia? Qualquer estudioso da estatística diria que não, pois, nesse cálculo, entrariam outros fatores não considerados na primeira. Nem que se fossem avaliadas todas as possíveis variáveis dessa segunda estatística, poderia ser aplicada a resposta da indagação sobre a probabilidade do ônibus azul causador do acidente ser de propriedade da empresa ré. As proposições estatísticas não se relacionam com hipóteses fáticas individuais, com elementos de prova individualizados, sendo bastante difícil sustentar que a primeira seja, em si mesma, em qualquer medida, suficiente para deduzir logicamente a segunda.

Muito embora a utilização genérica da estatística seja duvidosa para a comprovação de hipóteses jurídicas, sua utilização não estaria totalmente alijada do estudo jurídico.

¹⁰⁶ ALLEN, Ronald J. The reconceptualization of civil trials. *Boston University Law Review*, vol. 66, 1986, n. 3-4.

¹⁰⁷ Segundo Ferrer Beltrán, o juízo sobre a prova tem dimensões não apenas referentes a verdade do caso, mas também a sua validade. Não é possível que a decisão se detenha a verdade dos fatos se não pode justificar como se chegou a ela. É esse elemento de validade que não pode ser desconsiderado e que impõe a decisão elementos que a probabilidade estatística não provê. Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, p. 96-101.

A construção de variados tipos de normas jurídicas pode depender apenas de estudos estatísticos para a caracterização de uma determinada consequência, sendo, nesse aspecto, viável sua utilização. Pode ser que haja, por exemplo, um tipo jurídico que regulamente a discriminação de gênero nas empresas calculando estatisticamente o número de promoção para homens em relação ao número de promoção para mulheres, tomando esse dado como o único a considerar para incidência de sanções. Ou que se definam as sanções por responsabilidade civil pela contaminação de determinada parcela do meio-ambiente por meio da porcentagem de exploração que cada empresa extrativista a explora. Nessas hipóteses, a prova estatística não é apenas possível, mas necessária para informar sobre as características do tipo jurídico.¹⁰⁸

A utilização de estatística pode ainda ser bem aceita, por exemplo, na análise de tipos jurídicos referentes à caracterização de violação aos direitos difusos e coletivos, considerando que podem ser utilizados para determinar o impacto de determinadas atitudes em relação ao direito da coletividade ou dos grupos envolvidos, na tentativa de se estabelecer a ligação entre determinada atitude e os danos reclamados. Nessas hipóteses, a estatística não serve como mecanismo de comprovação da ocorrência de um fato, mas como indicativo de sua repercussão com o objetivo de estabelecer medidas para revertê-los, tornando possível a desoneração do ônus da prova. Mesmo que nem sempre possa ser tido por definitivo, pode ser utilizado de maneira válida para corroborar o argumento a partir de relações construídas pela experiência que relacionam causas e consequências.¹⁰⁹ Isso não poderia ser utilizado em relação aos danos individuais que devem ser comprovados particularmente, mas nada impede que a reparação aos direitos coletivos seja constatada mediante as técnicas disponíveis de aferição, considerando que, muitas vezes, a identificação do dano coletivo deve prescindir da participação dos indivíduos afetados pelo desinteresse que pode lhes acometer tais questões.¹¹⁰

¹⁰⁸ Sobre o assunto, verificar item 1 da segunda parte desse trabalho, que dispõe sobre a relação direito e risco. Em especial, conferir o item 1.2, “*Instrumentos dogmáticos da alocação do risco*”.

¹⁰⁹ Daí porque o Projeto de Código de Processo Coletivo assinado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual dispõe em seu art. 11 que até mesmo as provas estatísticas ou por amostragem seriam aceitas, indicando a excepcionalidade da proposta: “São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.”

¹¹⁰ Com relação à participação individual, é preciso enfocar a questão dos chamados custos transacionais envolvem gastos para reunir o maior número de pessoas possível, de obter conhecimento técnico e científico para compreender a situação, divulgação dos problemas levantados, contratação de profissionais capacitados, etc. Para uma abordagem desse problema no processo coletivo brasileiro, cf. SALLES, Carlos Alberto de. Proteção judicial de direitos difusos e coletivos: funções e significados. In: SALLES, Carlos Alberto de. *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, 2003, p.131-137. Enquanto o gozo do bem é difuso no grupo social, os custos para sua defesa são daquele que os defende. É assim que surge o *free riding*, pois mesmo quem não concorre para tutela dos bens é beneficiado, “quem

A aceitabilidade da probabilidade estatística, diante daquilo que foi apresentado, nada diz respeito a sua condição epistemológica superior, ou por algum motivo mais adequado à teoria das provas judiciais. Ao contrário, em termos gerais, a probabilidade estatística tem pouco a dizer sobre fatos específicos como aqueles que precisam ser apurados no processo judicial. Daí porque parece bastante difícil ser considerado modelo definitivo de racionalidade para o raciocínio probatório.

Por outro lado, nada impede que a estatística seja utilizada como elemento da argumentação sobre eventuais questões de fato referentes ao debate jurídico, seja em níveis importantes em que o tipo é ele próprio constituído a partir de um raciocínio estatístico (apesar de todas as críticas que essa técnica pode suscitar), ou menos importantes, como estudos a partir das ciências sociais que sirvam como um dos vários elementos de investigação de situações juridicamente relevantes. Ainda que a probabilidade estatística não possa ser reconhecida como se pretende em sua versão mais ambiciosa de conhecimento objetivo dos fenômenos do mundo real através da frequência com que certo fato se verifica, pode ter, como visto, alguma utilidade na argumentação judicial dos fatos para concretização dos preceitos jurídicos.

§14. Abordagem a partir de Bayes. Atento às limitações de uma teoria estatística da comprovação como fundamento principal da atividade judicial, outro modelo de probabilidade quantitativa teve bastante repercussão dentre os juristas. Trata-se de uma noção de probabilidade aplicada ao convencimento como noção epistemológica que gradua as possibilidades de uma proposição sobre dado evento singular ser racionalmente justificada. Busca-se uma maneira de identificar um valor numérico que viria a representar a medida do convencimento subjetivo sobre um determinado fato, viria proporcionar a expressão dos graus de convencimento sobre a verdade de determinada proposição. Ao invés de se pretender alcançar a verdade objetiva através de frequências estatísticas dos eventos, prevalece uma concepção subjetivista na qual a probabilidade apareceria como o grau de crença racional de um indivíduo na verdade de uma proposição tomando em conta certos elementos de prova.

mais ganha é quem não participa de qualquer iniciativa e, portanto, não incorre em qualquer custo”(p. 133). Dessa maneira, haveria um impulso natural para imobilidade dos agentes. Não se ignora que o enfoque proposto apela para uma racionalidade econômica que é apenas um dos fatores considerados para a proteção dos direitos coletivos, ao lado do fator ideológico ou mesmo da noção de que há grupos mais atingidos pelo desfalque no bem coletivo do que outros. Entretanto o problema econômico se afigura barreira preponderante para a defesa dos bens coletivos, devendo contorná-la em diversas dimensões da tutela processual, inclusive naquela relacionada a prova.

Essa consideração da probabilidade é necessariamente apoiada em cálculos através do teorema de Bayes, de modo que seja possível determinar o grau de confiabilidade subjetiva em uma determinada hipótese. O teorema de Bayes é expresso na seguinte fórmula: $P(H/E) = P(E/H) \times P(H) / P(E/\neg H)$, em que P significa “Probabilidade”, E significa “Evento”, H significa “Hipótese”. Nessa equação P seria a incógnita, enquanto E seria o fato de encontrar digitais de um indivíduo na arma do crime e H a proposição de que o indivíduo identificado pelas digitais seria o homicida. Assim, ler-se-ia o teorema da seguinte forma: a probabilidade de que seja verdadeira a hipótese H, dado elemento de juízo E, é igual a probabilidade de que o fato E ocorra em relação a hipótese H, multiplicado pela probabilidade de H sem levar em conta E, dividido pela probabilidade de ocorrer E se não é verdadeiro H. Tal raciocínio permitiria medir o impacto do elemento de juízo E na probabilidade de H, ou seja, qual a probabilidade do elemento E confirmar a hipótese H.¹¹¹

Na tradicional literatura da teoria da prova, o teorema poderia ser provado como adequado, por exemplo, na investigação de um homicídio, na qual se descobre que a arma do crime contém a impressão digital de um determinado indivíduo. Seria isso suficiente para afirmar que este indivíduo é o homicida? A probabilidade subjetiva calcularia através do referido teorema, tentando identificar quais as chances do referido evento confirmar esta hipótese. As chances de que o acusado seja responsável pelo homicídio quando se identificar na arma utilizada suas digitais $[P(H/E)]$ poderá ser extraída do cálculo da probabilidade de que se ache digitais em armas utilizadas em homicídios $[P(E/H)]$, multiplicado pela probabilidade do homicídio ter ocorrido sem levar em conta a comprovação referente às impressões digitais $[P(H)]$, dividido pela probabilidade de haver digitais sem que o acusado seja o autor do crime $[P(E/\neg H)]$.¹¹² Como resultado desse cálculo, atribuídos os valores iniciais, seria indicada a probabilidade de que o acusado seja o autor material do homicídio, dado o elemento de juízo de que suas digitais sejam encontradas na arma do crime.

Diante dessa breve apresentação do teorema e de sua maneira de aplicação às provas judiciais, mesmo não se servindo de frequências estatísticas como regras das quais são deduzidos diretamente os fatos importantes para a solução dos conflitos jurídicos, tais números desempenham papel importante também nesse tipo de raciocínio. É através da estimativa de valores quantitativos para os elementos básicos, que se calcula a confirmação das hipóteses a serem provadas. Desse modo, as reflexões apoiadas no teorema de Bayes se

¹¹¹ Sobre a equação de Bayes, cf. Fikelstein & Fairly, ob. cit., p. 498 e seguintes

¹¹² O mesmo exemplo é utilizado para explicar a aplicação do teorema em trabalhos sobre a epistemologia da prova judicial. Cf. Fikelstein & Fairly, ob. cit., p. 496 e seguintes; Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, p. 108-120.

baseiam também nos pressupostos realistas de conhecimento, mas proporcionam um método de cálculo para valorar a aceitabilidade de hipóteses probatórias a partir de dados estatísticos determinados, os quais os defensores dessa abordagem não problematizam. Assim, ao escrever a valoração da prova em linguagem matemática a tornam comensurável e facilmente determinada na relação dos cálculos.

Para além da complexidade de cálculo que envolve a utilização desse método, é preciso ressaltar que também funciona através da tentativa de combinar estatisticamente a probabilidade de um evento num certo campo de fenômenos, sem que se diga algo específico sobre o caso sob análise, incidindo no mesmo defeito acima mencionado sobre outras versões da probabilidade matemática para a valoração da prova.

Talvez, o argumento principal contra a utilização desse método não se centre em sua falta de amplitude para lidar com elementos probatórios divergentes das estatísticas em que se fundamenta, nem na sua impossibilidade de lidar com a falsidade dos elementos de prova ou com a natureza discursiva com a qual devem ser tomados. O principal empecilho dessa teoria seria verificado em sua matéria prima, com as probabilidades pressupostas que servem de premissas básicas para a operação desse raciocínio. Em muitos casos, na imensa maioria, não estão disponíveis dados precisos ou mesmo imprecisos sobre a frequência geral dos eventos utilizada na ilação sobre os fatos de uma determinada investigação. Quando os dados estatísticos existem, dificilmente são relevantes para a causa por não considerarem suas diversas variáveis, os diversos critérios para garantir uma aplicação produtiva no caso concreto.

Independentemente da discussão da lógica matemática dessa teoria e da proposição que apresenta sobre a combinação de determinados elementos, o pressuposto de operação desse cálculo é extremamente problemático. Sua utilização assim é extremamente reduzida e de difícil acesso por quantificar numericamente hipóteses para subsídio do cálculo sem poder exigir na prática qualidade dos dados envolvidos. Assim, a utilização do método é mais um desserviço à teoria da prova do que, propriamente, uma maneira de afastar suas conclusões do arbítrio, pois suas premissas estão, mais expostas do que nunca, à eleição randômica e subjetiva dos julgadores.¹¹³

Aliás, tampouco é possível que esses mecanismos de probabilidade sejam submetidos ao acordo das partes para funcionar como dados iniciais. Não fosse somente a pretensão dessa teoria em obter dados a partir de uma leitura competente da realidade, é

¹¹³ Tribe, ob. cit., p. 1358 e seguintes.

necessário identificar que a quantificação numérica dessas probabilidades não pode ser retirada dos elementos comprobatórios apresentados nos autos, sendo qualquer compromisso com a linguagem matemática altamente impreciso e sujeito à modificação a cada meio de prova principalmente diante da natureza discursiva que esta apresenta. A avaliação desses dados é simplesmente evitada pelos autores que defendem esse modelo, deixando de lado esse problema central para sua utilização, sujeitando-o a arbitrariedades na atribuição dos números que influenciam decisivamente nos resultados propostos.¹¹⁴

Essa abertura para preenchimento das informações iniciais desvela uma das principais propriedades desse modelo de raciocínio, que é a avaliação da compatibilidade das crenças iniciais com as crenças finais em termos de probabilidade estatística. Isso não significa, entretanto, nem coerência nem exclusão de teorias plausíveis. Aliás, fica longe de verificar definitivamente a racionalidade de uma hipótese, considerando que somente serve como um dos testes ao raciocínio de quem investiga os fatos, mas não do conhecimento em si. Trata apenas da convicção subjetiva a partir de uma indicação de probabilidade igualmente subjetiva, o que é francamente inadequado para avaliação de provas judiciais, pois buscam, não somente o convencimento do julgador, mas da aceitabilidade daquilo que foi provado como verdadeiro.¹¹⁵

Uma forma de pensar assemelhada a essa se verifica ainda nos escritos nórdicos sobre a valoração da prova, que Michele Taruffo reúne sob a rubrica *Evidentiary Value Model*. Trata-se de formulação que também pretende aplicar estudos de cálculo de probabilidade para precisar, numericamente, o grau de aceitabilidade das hipóteses fáticas levantadas pelo processo. Compartilham essas teorias os postulados quantitativos da probabilidade com o intuito de tornar mais adequada a avaliação da prova no âmbito judicial, oferecendo uma consideração adequada da probabilidade capaz de substituir as inconsistentes impressões do convencimento judicial.¹¹⁶

Apesar dessa similaridade, a tese nórdica teria a propriedade de evitar problemas de quantificação das probabilidades iniciais requisitadas pelo teorema de Bayes e busca afirmar um modelo de confirmação baseado nas provas constantes do processo judicial. Para isso cria uma espécie de índice de comprovação oferecido pelas provas em cada caso, daí o

¹¹⁴ Taruffo, *La prueba de los hechos*, p. 209.

¹¹⁵ Argumentos que sustentam que, no processo judicial, dizer que algo está provado é o mesmo que dizer que o juiz crê em algo. São formulações do tipo “*há elementos de juízo suficientes em favor de p*”. As formulações tradicionais de convicção são tidas como afastadas do raciocínio judicial a respeito das provas. Cf. Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, p. 80 e seguintes. Esse tema já foi abordado anteriormente no item 2.1 do capítulo de introdução.

¹¹⁶ Taruffo, ob. cit., p. 206-215.

nome *evidentiary value*, que será utilizado para avaliação de cada hipótese a partir dos mecanismos probatórios e somente quando da avaliação final das provas estipuladas. O modelo não é exatamente uma formulação de prova tarifada, considerando que não se trata de estipulação abstrata dos meios de prova, mas de identificação concreta em cada caso e livre de amarras legais do valor probatório. Além disso, o modelo se pretende distante das probabilidades arbitrariamente designadas como aquelas dos outros métodos quantitativos pela análise concreta do valor que as provas apresentadas agregam as hipóteses dos autos.

Diferentemente do modelo bayesiano, este não parte de frequências estabelecidas em abstrato para avaliar o conjunto probatório, mas visa estabelecer o grau de probabilidade conforme os elementos colecionados pelos autos. Parte do valor dos elementos de prova para a conclusão sobre a hipótese, e não sobre o grau de probabilidade dos elementos de prova em face de sua frequência geral. Entende-se que o mais importante para a resolução de questões de fato para o processo judicial é a confiabilidade do elemento de prova e não a frequência com a qual o fato poderia ser identificado. O enfoque seria o valor probatório dos elementos constantes dos autos e jamais a probabilidade que o tema de prova seja verdadeiro.

Um exemplo pode ajudar a esclarecer a utilização dessa teoria para o raciocínio probatório. Numa determinada localidade teria uma frota de táxis dividida entre dois modelos diferenciados apenas pela cor: 85% da frota seria composta de automóveis da cor azul e os 15% restantes seriam de automóveis da cor verde. Numa noite determinada, um táxi teria atropelado um pedestre e evadiu-se do local. A testemunha ocular identificou o automóvel como sendo da cor verde, mas essa testemunha, submetida a testes oculares teria acertado 80% das respostas quanto a cor dos automóveis. Como seria possível calcular essa probabilidade conforme o modelo nórdico?¹¹⁷

No caso da utilização da fórmula de Bayes, ambos os dados deveriam ser levados em consideração, afinal um remete a frequência estatística referente à possibilidade do evento ter envolvido um táxi verde, identificada nas variáveis $[P(E/H)]$ e $[P(E/\neg H)]$ da equação, acrescido da probabilidade do evento ter ocorrido independentemente da frequência dos acidentes envolverem táxis verdes, indicado na variável $[P(H)]$. No caso do modelo *evidentiary value*, somente importaria a probabilidade da testemunha identificar o táxi, pois assim poderia sustentar o grau de confirmação dessa afirmação. Seria mais

¹¹⁷ GÄRDENFORS, Peter. Racionamento probabilístico e valore probatório. GÄRDENFORS, Peter; HASSON, Bengt; SAHLIN, Nils-Eric (org.). La teoria del valore probatório. Aspetti filosofici, giuridici e psicologici. Trad. Paolo Garbolino. Milano: Giuffrè, 1997, p. 44 APUD. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. *Ônus da prova em processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 47.

importante atribuir ao depoimento força do que calcular a probabilidade desse evento ter ocorrido em termos de frequência estatística.

Nesse modelo, separa-se o tema de prova (questão de fato a ser provada) dos fatos probatórios (fatos constatados que induzem à conclusão sobre o tema) e mecanismos probatórios (elementos de prova que possibilitam a afirmação do fato probatório). Enquanto a probabilidade do tema de prova é central ao cálculo bayesiano, tal porcentagem não tem qualquer influência na aferição da comprovação segundo o modelo *evidentiary value*. Neste, enfocam-se os mecanismos probatórios, pois neles residiriam os graus de confirmação das hipóteses suscitadas.

Não obstante a vantagens sobre outros modelos quantitativos, esse acaba incidindo em alguns erros anteriormente apresentados, especialmente na tradução em números nas questões de prova. As informações necessárias podem ser retiradas da experiência comum, mas esta é indeterminada e variável demais para estabelecer de modo suficiente os valores básicos a serem assinalados. As máximas de experiência acabam sendo identificadas por generalizações quantificadas impossíveis de justificar.

Assim como as outras teorias quantitativas, entretanto, essa abordagem tampouco apresenta uma teoria geral sobre a quantificação das provas a alimentar o grau de confirmação que atribuem aos elementos de prova. Na ânsia de utilizar a linguagem matemática para calcular como podem ser corroboradas as hipóteses, o método falha justamente naquilo que lhe é fundamental, os números de partida sem os quais o cálculo é impossível. Por isso, deixa de possibilitar sua principal virtude que seria a precisão na identificação da comprovação e dos graus de comprovação que poderiam ser admitidos em cada hipótese.

Mais uma vez, se de um lado esse cálculo serve para conferir coerência interna ao raciocínio em face das crenças iniciais do julgador, não seria suficientemente racional porque sempre baseadas no arbítrio de cada suposição. Enquanto os defensores da probabilidade subjetiva argumentam que essa forma de pensar é inerente a todas as formas de raciocínio humano, seus opositores afirmam que a confirmação das hipóteses através de determinados elementos identificados não se sujeita a esse tipo de raciocínio por não encontrar objetividade suficiente seja na relação entre elementos e hipóteses, seja na aceitação intersubjetiva que as narrativas provocam.

Nos dois casos de probabilidade quantitativa, a necessidade de dados numéricos de partida voltados a frequência geral de um fenômeno ou ao valor atribuído à probabilidade de um evento específico e seus graus de aceitabilidade correspondentes acabam

obscurando a verdadeira questão sobre a qual o processo deve se debruçar: o grau de aceitabilidade atribuído a um determinado elemento de prova em determinada situação de fato. O valor concreto do elemento de prova é exatamente o objeto do raciocínio probatório, a razão de ser da existência das discussões epistemológicas sobre a prova, questão que é simplesmente subtraída da preocupação do estudioso das provas por essas teorias que pretendem simplesmente quantificá-las para utilização em fórmulas determinadas. Também é assim quanto a questão das máximas de experiência, entendidas de um modo vago demais para aceitar quantificações, sendo essa uma característica irreduzível de sua identidade. A crueza dos números não permite exprimir a natureza discursiva dessa espécie de raciocínio.

Apesar das críticas, essa tese de valoração da prova foi capaz de possibilitar uma primeira abordagem mais densa sobre a probabilidade das proposições e desvinculá-la do convencimento subjetivo. Ao tentar atribuir notas aos elementos de convencimento e orquestrá-los de maneira logicamente coerente, seria mais facilmente verificada sua racionalidade e as etapas que compõem o raciocínio em matéria de fato. Permitir-se-ia ainda decisões que considerassem mais elementos envolvidos do que aqueles tradicionalmente regulados pelas regras jurídicas, como o grau necessário para a confirmação de hipóteses.

A utilização desse tipo de formulação da valoração da prova já parte de dois pressupostos nada evidentes que, ao longo do tempo, foram amadurecidos e dos quais não se abre mão em quaisquer reflexões contemporânea que se faça sobre a prova: de um lado, é fundamental firmar as pretensões de investigação sobre os fatos no âmbito das probabilidades e afastar, de vez, pretensões quanto ao conhecimento absoluto da verdade; de outro, são afastadas também as premissas de uma cognição meramente subjetiva, que não é capaz de refletir as necessidades da configuração moderna do processo judicial, principalmente se considerando o contexto democrático de seu desenvolvimento.

Independentemente dos limites identificados na operação dessas teorias, essas fórmulas são, no mínimo, tentativas de se servir da probabilidade no âmbito das reflexões jurídicas, permitindo a graduação das hipóteses e possibilitar uma visão mais adequada sobre o que significa se desincumbir do ônus de provar. A identificação da possibilidade de identificar graus de confirmação possibilita não somente verificar quão corroborada é a hipótese, mas, também, estipular um grau mínimo para que essa seja aceita. Essa discussão é imprescindível para o objeto desse trabalho e, sem dúvida, a análise das teorias quantitativas

são fundamentais para vislumbrar uma das formas de mais fácil acesso que os pressupostos cientificistas possibilitam a essa discussão.¹¹⁸

Entretanto, essa não é a única forma de se propor o advento da probabilidade nas investigações jurídicas sobre os fatos. A quantificação exprime apenas um dos modelos de consideração da probabilidade e um dos mais adequados aos métodos cientificistas sobre os quais foram erigidos os pilares da investigação processual. É preciso considerar que outros métodos de consideração da probabilidade, embora não rompam com os pressupostos metodológicos do conhecimento científico, apresentam versão distinta sobre a consideração da probabilidade que prescinde de quantificações, mas, nem por isso, é menos capaz de viabilizar uma perspectiva para os estudos sobre a investigação judicial sobre fatos.

§15. *Probabilidade indutiva.* Apesar das tentativas de abordagem da prova acima apresentadas, a forma mais aceita pela doutrina contemporânea para sua valoração remete à probabilidade indutiva. Trata-se de um modelo não-quantitativo de aferição da probabilidade que tem se mostrado promissor à teoria da prova judicial. Através da relação lógica entre proposições, o modelo busca aferir o grau de confirmação que um elemento de prova aporta às hipóteses relacionadas aos fatos da causa em comparação às hipóteses concorrentes.

Tal conceito não é inspirado numa noção de probabilidade voltada à frequência matemática das ocorrências, tradicionalmente ligada a Blaise Pascal, subjacente às construções acima enunciadas, mas numa percepção ligada ao pensamento de Francis Bacon referente às inferências indutivas. Preocupado com as bases do conhecimento científico, esse pensador tentou estabelecer métodos para depuração das conclusões a serem ofertadas a partir do empirismo. Buscava estruturar o método indutivo a partir de observações dos fenômenos, capazes de alcançar um conhecimento puro e tendente ao descobrimento da realidade, dissociado das meras opiniões, comprometido em explicar sua natureza, causas e relações.

Para Bacon, o processo indutivo seria dividido em dois estágios que têm a mesma estrutura lógica. Em primeiro lugar, verifica-se a experimentação inicial que visa a verificar o objeto de estudo em determinadas condições, avaliando-se a influência da presença ou ausência dessas condições para sua caracterização. O conhecimento seria

¹¹⁸ Ao comentar a teoria nórdica de valoração da prova Marinoni e Arenhart enfocam a designação de suficiência que fazem do grau de prova, quando seu principal objetivo é oferecer uma teoria sobre a valoração da prova. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio C. *Prova*. São Paulo: RT, 2009, p. 85-87.

reforçado pelas sucessivas instâncias de confirmação dessas condições em análises isoladas e combinadas dos fatores que se mostrem relevantes. De outra parte, das leis retiradas dessas observações empíricas, seria possível inferir axiomas, cada vez mais gerais e, capazes de compreender toda uma gama de realidades. Da mesma forma, a confiança no axioma seria reforçada por sua aplicação cada vez mais geral dentre os fenômenos a que se aplicam.¹¹⁹

Assim, o conhecimento seria efetivamente gradual, na medida que sua força, sua probabilidade, deriva dos controles empíricos dos quais advém e não da frequência relativa com que ocorre ou de nossas crenças subjetivas na verdade de uma proposição. A confiança objetivamente verificada na inferência é obtida através do método, que se estrutura com base na capacidade de afirmar qual das conclusões possíveis é mais confiável, a partir da experiência das observações catalogadas. O foco principal é transferido ao processo pelo qual hipóteses alternativas são gradualmente eliminadas e o alcance da conclusão obtida através das evidências compatíveis é delimitado.

A confiança na inferência aumenta na medida que a hipótese vai superando controles probatórios. Tanto a hipótese levantada, quanto suas contrárias iniciam como meras suspeitas não comprovadas, que passam a ser confiáveis na medida que se tornam possíveis confirmações a partir dos dados verificados. Quanto mais o observador souber sobre os fatores relevantes à confirmação da hipótese, maior será o sucesso de suas análises. O grau de probabilidade atribuído às hipóteses aumenta na proporção da confiabilidade oferecida por seus elementos.

As questões sobre natureza, causas e relações dos fenômenos observados são trabalhadas através de método de confirmação de hipóteses voltado para afirmação de fatos particulares e específicos, relacionados a um conjunto probatório determinado. Daí porque essa lógica se reputa amplamente identificada com as necessidades do direito, sendo defendida, reiteradamente, como método ideal para fundamentar suas investigações. Ao contrário das noções quantitativas ou meramente estatísticas, essa forma de probabilidade se adéqua ao perfil do processo em seus objetivos e mecanismos estruturais, sistematizando um pensamento epistemologicamente forte para fundamentar seus mecanismos.

A transição do método baconiano para a investigação judicial sobre fatos encontra grande aceitação no meio jurídico a partir do trabalho de Laurence Jonathan Cohen, no qual a probabilidade lógica mostra boas perspectivas para os problemas

¹¹⁹ COHEN, L. Jonathan. Some Historical Remarks on the Baconian Conception of Probability. *Journal of the History of Ideas*, University of Pennsylvania Press, Vol. 41, No. 2 (Apr. - Jun., 1980), p. 221-222.

levantados nessa área.¹²⁰ Esse método teria vantagens diante de relação fundamental que estabelece entre provas disponíveis e conclusões, autorizando essas apenas diante da força daquelas. Com isso desvincula as aspirações dos modelos quantitativos em medir a frequência de determinada classe de eventos ao invés de decidir sobre fatos específicos conforme as provas apresentadas.

Além disso, essa formulação permite a concentração do debate nas inferências propostas pelas partes e pelo juiz, concorrentes entre si na leitura da realidade. A partir das inferências, é possível discutir o peso que cada prova representa para as hipóteses apresentadas, assim como, a relação de confirmação que se pretende estabelecer entre os termos. São exatamente essas verificações que o direito também postula na interação processual, conferindo ao juiz a prerrogativa de investigar as razões apresentadas e decidir qual das versões encontra mais respaldo nos elementos de realidade levantados.

Em termos esquemáticos, a teoria sugere que a prova pode ser aferida, a identificação de um fato pelas repercussões que ele normalmente tem, conforme se confirma pela experiência. Isso significa uma abertura do método para regras de experiência que, nem sempre, são capazes de confirmar, sem mais, as conclusões, mas apenas abrem caminho para contínuos questionamentos com outras experiências, testando-se a coerência da hipótese e postulando, gradualmente, uma maior probabilidade na medida que não é desmentida pelos sucessivos testes. Eis porque se reconhece, de maneira consistente, que o conhecimento depende sempre da experiência comum, que repassa, inevitavelmente, suas impressões ao método, funcionando como critérios aptos a relacionar os elementos de prova à hipótese levantada.¹²¹

Considerando essas características, Ferrer Beltrán propôs uma maneira de explicar essa formulação da probabilidade indutiva, incorporando às formas jurídicas tais conceitos de prova. Assim, diante de uma formulação hipotética (H) no processo judicial, deve-se contrastá-la com o conhecimento prévio existente (supostos auxiliares, SA) para que seja possível formular uma previsão (P) do que ocorreu. Para isso, seria necessário, ainda, que se analisassem fatos condicionantes particulares que devem dar-se para que ocorra a previsão (condições iniciais, CI). Tem-se, dessa maneira a seguinte representação: $H \text{ e SA e CI} \rightarrow P$.¹²²

¹²⁰ COHEN, Laurence Jonathan. *The probable and the provable*. Oxford: Clarendon Press, 1977.

¹²¹ Taruffo, *La prueba de los hechos*, p. 226-227.

¹²² Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, p. 131-132.

As propriedades dessa formulação do raciocínio judicial referente às provas são identificadas em exemplo recorrente, no qual se analisa a acusação de um furto de jóias de objeto feita contra indivíduo encontrado com as mesmas em seu poder, nas proximidades ao local da realização do crime. Para provar a proposição hipotética de que aquele indivíduo é autor do furto, os acusadores utilizam inferência de outra proposição segundo a qual, quando se encontra uma pessoa nas proximidades do local onde ocorreu o furto com o objeto do crime, muito provavelmente, essa será a autora do mesmo.

Esse raciocínio, entretanto, não pode parar nesse estágio. É necessário que as hipóteses levantadas sejam avaliadas à luz das demais hipóteses rivais tomadas em consideração, sendo imprescindível a revisão dos passos da investigação para, finalmente, proferir o julgamento. Equipara-se o raciocínio identificado no processo judicial ao da comunidade científica que recebe, de modo crítico, as afirmações referidas sobre seus objetos de estudo.¹²³ Assim, a hipótese levantada sobre o indivíduo encontrado com as jóias deve ser contrastada com outras possíveis decorrentes de fatores diversos verificados no caso, como, por exemplo, a hipótese de tê-las encontrado no lixo, recuperado do criminoso, ou adquirido de boa-fé.¹²⁴

Formulada a hipótese, deve-se contrastá-la com o conhecimento prévio existente para que seja possível formular uma previsão do que ocorreu. Para testá-la, seria necessário ainda que a hipótese seja submetida à análise de outras condições particulares apuradas na situação para que seja possível fazer previsões correlatas.

Nessa altura, o exemplo deve ser contrastado com o esquema proposto. A hipótese poderia ser formulada desse jeito: João é o autor do disparo criminoso de arma de fogo (H); normalmente, quem dispara arma de fogo tem pólvora nas mãos (SA); João não usava luvas na hora do disparo (CI) → João terá rastro de pólvora nas mãos (P). Avaliação do SA e do CI é que determinará a confiabilidade da hipótese e respaldará ou não a previsão.

No esquema de raciocínio apresentado, os SA estão integrados por generalizações empíricas. São a garantia de que a inferência vá de um fato a outro, conferindo-lhe maior ou menor força em função do grau de corroboração que elas tenham. Essas são identificadas pelos juristas como máximas de experiência as quais incluem: conhecimento técnico, leis científicas ou simples generalizações do senso comum. São generalizações empíricas que podem e devem ser contestadas para controle do julgamento.

¹²³ Ibid., p. 126 e seguintes.

¹²⁴ A descrição do caso pode ser conferida nas seguintes obras: GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 53; Badaró, ob. cit., p. 51.

Suponha-se, entretanto, que a previsão se cumpra. Isso significaria que SA e CI são elementos de juízo que corroboram a hipótese? Não, necessariamente. Às vezes, a previsão pode formular-se por diversas hipóteses sem que haja privilégio de uma em relação às outras.

No exemplo proposto, considerando que as jóias furtadas estavam guardadas em um cofre lacrado, seria possível formular a previsão de que as impressões digitais do suspeito fossem encontradas no cofre para corroborar a suspeita formulada. Essa previsão parte da generalização de que as impressões digitais são capazes de identificar sujeitos e da particularidade do caso em que o ladrão não tenha calçado luvas na ocasião.

No esquema de raciocínio apresentado, a identificação datiloscópica é relacionada com a previsão por generalizações empíricas mais ou menos devidas. Expressam a possibilidade de que a inferência vá de um fato a outro, conferindo-lhe credibilidade em função do grau de corroboração que elas tenham.

Caso a previsão feita para o exemplo apresentado fosse confirmada, entretanto, isso não significaria, necessariamente, que os elementos utilizados para aferi-la são indicadores seguros para todos os casos. Por vezes, uma previsão pode formular-se por diversas hipóteses sem que haja privilégio de uma em relação às outras. Isso poderia ocorrer no exemplo aventado, caso as impressões digitais fossem do faxineiro do local que tem álibi seguro confirmado pela câmera de segurança.

No processo judicial é assim, mas as hipóteses vinculam aquele que as sustenta, dando dimensão retórica à compreensão dela e devem ser avaliadas em confronto com outras a partir dos elementos empíricos. Por isso se afirma que $\neg(H \text{ e } SA \text{ e } CI) \rightarrow$ provavelmente $\neg P$, ou seja, se o discurso levantado por uma das partes não consegue ser confirmado pelas provas apresentadas é tido como falho e aproxima-se da rejeição.¹²⁵

Necessário destacar que, apesar do emprego dessa estratégia, nunca se terá certeza sobre a hipótese seja inquestionavelmente verdadeira, pois sempre haverá outras que, por exemplo, elucubrem sobre outros estágios de conhecimento ainda não verificáveis ou mesmo pelos elementos que não possam constar do conjunto probatório.

Dessa maneira, a probabilidade indutiva funciona através de uma estratégia de desafio à hipótese levantada na medida em que a previsão não seja passível de questionamentos por elementos razoáveis, controlados mediante discursos alternativos.

¹²⁵ O modo de se proceder nesse particular é proposto por Ferrer Beltrán, ob. cit., p. 131-138.

Quanto mais passos desse tipo fossem dados e mais hipóteses rivais tenham sido eliminadas, maior será a corroboração das hipóteses sobreviventes e mais respaldado será o julgamento.

A compreensão desse tipo teórico surge num contexto de pretensa verificação da realidade através da observação criteriosa do cientificismo baconiano, sendo essa uma das razões fundamentais para sua difusão na mente moderna. A verificação da realidade objetiva pelo sujeito, através do emprego do método científico e utilizando uma linguagem rigorosa para expressar as descobertas formam a base dessa construção capaz de indicar diferentes níveis de probabilidade de hipóteses formuladas. O conhecimento se dá numa relação sujeito-objeto, em que o primeiro é capaz de apreender psicologicamente o segundo em todos os seus níveis de modo a organizá-lo entre os demais conhecimentos e exprimi-los, conforme realmente são, através da linguagem, terceira nessa relação dual.

Segundo essa base realista para verificação dos fatos, apesar de não eliminar as possibilidades de equívocos por mera aparência, tais concepções possibilitariam um conhecimento progressivo, evolutivo, cada vez mais direto e confiável. Assim, a evolução da ciência permitiria buscar a verdade dos fenômenos, permitindo a formulação de inferências lógicas aptas a revelar causas, consequências, relações necessárias entre eventos a partir do uso da lógica clássica e, por meio desse modelo, ampliar os domínios da razão em todas as direções do comportamento humano, inclusive quanto ao direito e os fatos a ele relacionados. O esplendor dessas construções esteve longe, no entanto, de escapar das críticas e objeções apresentadas quanto a obtenção empírica dos dados ou mesmo da relação lógica entre os mesmos, resultando em aporias difíceis de enfrentar.

Não obstante as construções sobre a probabilidade lógica serem passíveis de compreensão por uma abordagem realista e buscar no empirismo seus conceitos iniciais, sua fórmula mais forte, tal como construída por Cohen e relida por Ferrer Beltrán no âmbito jurídico, negam as bases fundamentais desse paradigma, oferecendo outros suportes para as antigas práticas e outras medidas para avaliação de suas conclusões. Sua exposição, nessa ocasião, deve-se a apresentação de outro tipo de conceito de probabilidade de base baconiana que poderia ser sustentadas pelo realismo. Entretanto, é preciso observar que o desenvolvimento da ideia já não segue, integralmente, os parâmetros delineados por esse tipo de compreensão do conhecimento.

Tais autores tratam da questão de como buscar a verdade como ela realmente é a partir de considerações sobre a linguagem como entidade central de todo e qualquer conhecimento, e não um mecanismo de explicitação da relação dual sujeito-objeto, rompendo com esperanças de descobrimento da verdade através dos métodos empregados.

Muito além da observação, seria a partir do rigor linguístico que se produziria conhecimento, relacionando corretamente signos e utilizando-os de acordo com sua correspondência com o mundo. Toda e qualquer compreensão somente se dá a partir da linguagem que media, necessariamente, qualquer relação de apreensão entre sujeito e objeto, o que tem grande repercussão para o conhecimento em geral e para as investigações processuais em particular.

Se for assim, se todo conhecimento se dá a partir de atitudes proposicionais, mediante a linguagem, não há conhecimentos diretos porque sempre entendidos a partir de sua construção, sua consubstanciação linguística. Daí porque o conhecimento seria sempre uma relação daquilo que se observa com os signos que viabilizam sua percepção. O conhecimento do objeto seria sempre a reconstrução dele próprio de acordo com os elementos linguísticos de sua representação, tornando expressão e consubstanciação um único momento.

Essa nova perspectiva epistemológica altera, significativamente, os desdobramentos da dogmática da prova em relação a diversos institutos, mas, considerando o objeto desse trabalho, especialmente quanto a argumentação empregada para decidir sobre fatos. Na sequência, serão apresentadas breves linhas descritivas de alguns aspectos do giro linguístico importantes para a compreensão das consequências que impõem a teoria da prova judicial. Por meio dessa referência, pretende-se estabelecer aspectos principais dessa forma de pensar, que dominou o último século, representa para a estruturação da dogmática da prova, na medida que, o tipo de conhecimento que prevê impõe sérias correções em seus institutos e na maneira de decidir em matéria de fatos com importante repercussão jurídica.

2.3 Giro linguístico-semântico e a reformulação do conceito de prova como demonstração

§16. *Brevíssimas considerações sobre o giro linguístico.* Aquilo que se convencionou chamar de giro linguístico se refere a uma gama de significados trabalhados de modo diferente por cada teórico que tomou parte de sua afirmação. Interessa, mais uma vez, considerando os propósitos desse trabalho, traços gerais dessa ideia para verificar em que termos tal concepção filosófica influenciou e influencia o direito, em especial para a regulamentação da prova. Dessa maneira, apresentamos, sucessivamente, neste item e no próximo, duas elaborações distintas de se compreender a linguagem como conceito central ao conhecimento que vem sendo destacadas como essenciais ao pensamento contemporâneo.

Uma primeira concepção dessa corrente de filosofia é originária do início do século XX, através de pesquisas importantes sobre o papel da linguagem na consubstanciação do conhecimento. A idéia inicial, defendida por diversos pensadores dentre os quais se destaca Rudolf Carnap, no campo da epistemologia, talvez seja aquela que rejeita uma formulação subjetivamente controlada das evidências empíricas, passando a enxergar os enunciados linguísticos como elementos indissociáveis de qualquer pretensão cognitiva. Toda pretensão de conhecer somente pode ser considerada a partir de enunciados que viabilizem a inteligibilidade e verificação daquilo que se enuncia.¹²⁶

A proposta é algo diferente daquela identificada acima, propondo-se uma nova concepção da objetividade do conhecimento. Ao contrário de propostas baseadas na sensibilidade empírica do sujeito investigador ou na objetividade de um mundo que se revela de modo evidente, a filosofia da linguagem concebe o conhecimento como uma relação entre os signos linguísticos e o mundo. Centra suas preocupações não mais na maneira pelas quais os sujeitos fazem determinadas representações da realidade, mas nas condições de validade de enunciados formulados e nas possibilidades de suas articulações entre si.

Nessa direção, ainda considerando o pensamento de Carnap, somente seriam possíveis dois tipos de enunciados linguísticos dotados de sentido: aqueles referentes à percepção dos sentidos, que exprimem fatos verificados pelo sujeito por meio de sua sensibilidade; ou sentenças que exprimem regras sobre a estrutura do pensamento, que nada dizem sobre a realidade constituindo-se meras expressões que tornam possíveis uma comunicação livre de mal-entendidos. Somente as primeiras estariam sujeitas a juízos de correspondência com a realidade. Mesmo propondo a primazia da linguagem como elemento que constitui o próprio conhecimento, não há uma ruptura quanto a um determinado nível de empirismo que se reflete em cada um dos enunciados propostos.¹²⁷

Apesar da modificação da estrutura das relações de conhecimento com a primazia da linguagem para sua formulação, essa abordagem não abdica de uma realidade exterior, independente e incondicionada pelo sujeito ou pelas formulações linguísticas enunciadas. É mantido um conceito de verdade por correspondência ao mundo objetivo, ainda que ela seja postulada não como fatos em si, mas como meros enunciados que necessitam sempre de confirmação. O mundo não está para ser apreendido pelo sujeito, ou

¹²⁶ A lembrança de Rudolf Carnap como representante desse tipo de pensamento não se limita a importância de suas formulações para a epistemologia mediante o estudo da linguagem, mas principalmente porque é citado com algum destaque nas obras processualistas sobre a teoria da prova. Sobre o pensamento desse autor com destaque para sua produção referente ao giro linguístico-semântico, cf. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2ª. Ed. São Paulo: Loyola, 2001, p. 71-92.

¹²⁷ Idem, p. 85-86

para ser desvelado no que tem de essencial, mas para ser interpretado a partir de proposições sobre a realidade através de uma linguagem ideal, capaz de subsidiar, de maneira lógica, a relação entre os enunciados.

A relação sujeito-objeto é projetada simplesmente na relação enunciado-fato, trocando a primazia do sujeito como medida de correção e passando a análise dos enunciados e suas condições de validade. A exposição do estado de coisas e representação de objetos segue sendo concebida como uma relação bivalente, deixando intacto o “espelho da natureza” como metáfora do conhecimento do mundo. A noção de que a realidade existe, independentemente do conhecimento, continua sendo um pressuposto e um objetivo para os enunciados linguísticos, apesar de não mais se reivindicar seu desvendamento definitivo ou certezas subjetivas.

Nessa concepção, as condições de verificação dos enunciados linguísticos propostos seriam relacionados à construção de uma linguagem ideal que permita uma relação adequada e unívoca entre os signos que utiliza entre si, seria um passo importante para evitar proposições equivocadas do conhecimento. Além desse aperfeiçoamento sintático, outras condições devem ser observadas em seus significados semânticos que regulam e estruturam a fidelidade entre conceitos e realidade.

A questão fundamental para a validade dos enunciados seria referente às suas possibilidades de descrição do real, que indagam sobre a capacidade da oração em representar um objeto exposto à verificação, no âmbito de um contexto específico de informações. A linguagem seria uma forma de representação intelectual da realidade, a qual seria tão mais verdadeira quanto fosse capaz de reproduzir, fielmente, as estruturas em análise segundo os elementos levados em consideração. Qualquer ato de reproduzir o mundo mentalmente já é, em si, um ato que toma lugar através da linguagem, reproduzindo através de imagens representativas da percepção objeto observado.¹²⁸

Não sendo possível prescindir da representação linguística como meio de exposição e comunicação do saber, o ato de conhecer parece assumir uma natureza complexa. O método de identificação da realidade parte do exame empírico experimental de uma dada hipótese, mas somente se completa mediante um exercício lógico-indutivo, que analisa, semanticamente, a relação entre hipóteses e resultado das observações relacionadas. Assim, apesar de se pautar num enunciado de caráter eminentemente empírico, a

¹²⁸ Carnap resolve o problema do isomorfismo entre realidade e linguagem, do acordo entre dados empíricos e formas puramente lógicas, de um lado assumindo o exclusivo empirismo de cada fonte de conhecimento, de outro afastando a estrutura lógica da linguagem de cada referência ontológica e considerando-a somente em sua instrumentalidade construtiva. Araújo de Oliveira, ob. cit., p. 76 e seguintes.

compreensão dar-se-ia, apenas, com sua transição para o plano semântico, estipulando um valor à probabilidade das hipóteses, estabelecendo o valor de credibilidade racional sob a base dos caminhos empíricos disponíveis desenvolvidos de maneira coerente.¹²⁹

Os enunciados serão válidos na medida que sejam construídos de maneira compreensível, estejam de acordo com a observação de determinados fenômenos e não contradigam diversos outros enunciados decorrentes desses mesmos procedimentos. Essa fórmula enfatiza a contextualização daquilo que se afirma. Concebe-se o conhecimento como possibilidades narrativas sobre fatos segundo elementos empíricos determinados, que ganham credibilidade na medida que vão, cada vez mais, sendo confirmadas por outras narrativas relacionadas ao tema e igualmente verificáveis. Daí a percepção de que o conhecimento é formulado por enunciados hipotéticos, sempre sujeitos a testes de correspondência e a controvérsias interpretativas.

Diante do afastamento do sujeito e de sua esfera privilegiada de vivências imediatamente acessíveis como centro das reflexões epistemológicas, substituído pela compreensão de que somente pela linguagem é possível postular alguma forma de conhecimento, a correspondência da verdade com o mundo ganha outra dimensão bem menos pretensiosa do que aquela verificada em realismos identificados anteriormente. Não mais se postula um esquema em que dizer “*está provado que p*” é equivalente a “*é verdade que p*” ou mesmo designando “*o juiz crê em p*”. Diante da aceitação da idéia de que são narrativas sensíveis viabilizadas pela linguagem, contextualizadas pelos elementos observáveis e pelos próprios recursos linguísticos empregados, a confirmação daquilo que se tem por verdadeiro jamais é direcionada ao absoluto, mas é reconhecido como provisório e sempre passível de ser reformulado de acordo com novas observações. A pretensão de conhecimento não mais se refere à realidade em si, nem, tampouco, à certeza subjetiva quanto a verificação daquilo que aparece diante dos olhos, mas como uma espécie de interpretação contextualizada da realidade.

O conhecimento, assim, passa a ser postulado por outro tipo de enunciado, voltado para as características dessa formulação linguística. “*Está provado que p*” assume equivalência ao enunciado “*há elementos de juízo suficientes em favor de p*”. A análise é voltada à possibilidade de verificação de um enunciado, à possibilidade de se refutar ou não uma determinada proposição sobre algum aspecto da realidade. A finalidade é propor

¹²⁹ Essa passagem para o semântico pretende ser proporcionada por uma forma toda particular de indução, que funciona mediante a atribuição de valor probabilísticos a uma série de enunciados com vistas a legitimar determinada hipótese. Cf. §15, acima.

enunciados que resistam às análises concorrentes que pudessem contradizê-las, competindo para melhor descrever o objeto sobre o qual se debruçam.¹³⁰

A operacionalidade do conhecimento se dá a partir da elaboração de hipóteses que em maior ou menor grau, e diante de um determinado conjunto de dados, seja capaz de ser afirmada como verdadeira. Busca-se um sistema de regras de inferência, no qual se parte de enunciados tidos por verdadeiros para se alcançar conclusões necessariamente compatíveis com esses. A partir dos dados empíricos, revigora-se a formulação da indução diante da análise semântica da relação entre hipóteses e resultados das observações. Esse novo tipo de indução, ao invés de buscar o conhecimento de um fato desconhecido a partir de um fato conhecido por determinação lógica, atribui um valor à probabilidade das hipóteses empíricas, estabelecendo critérios para credibilidade racional com base nas observações feitas sobre o conjunto probatório disponível.

A verdade passa a ser um objetivo que se tenta aproximar mediante proposições mais ou menos prováveis e que não sejam passíveis de contestação segundo a experiência vigente. Apesar de ser bastante distinta da proposição de conhecimento anteriormente suscitada, compartilha com ela tanto a análise lógico formal da inferência quanto as indagações empíricas para subsidiá-las. A idéia de uma verdade exterior para a qual o conhecimento se dirige da maneira mais adequada possível, sendo passível de ser aferida em termos de correspondência maior ou menor com o mundo objetivo.

Assim, continua-se a entender o empirismo como fonte necessária e exclusiva do conhecimento, mas afasta-se a possibilidade de compreensão definitiva de sua essência transcendental ou de métodos capazes de revelá-las a partir de uma racionalidade última. A linguagem parece ser compreendida em termos instrumentais e construtivos em relação a realidade. Enquanto o primeiro momento se dá mediante à confiabilidade das experiências empíricas de uma dada hipótese, haveria um segundo momento da investigação referente ao emprego da indução e avaliação de seus resultados que demandaria justificação de suas afirmações.¹³¹

Esse tipo de indução funcionaria como uma espécie de teoria semântica da confirmação que tem como objetivo afirmar o grau de adequação que determinada hipótese poderia suscitar a partir das percepções empíricas disponíveis, para respaldo das inferências propostas. É assim que se pretende evitar a crítica de Hume sobre a uniformidade da

¹³⁰ Essa explicação é apresentada a partir de proposta para o âmbito jurídico, que se entende extensível a todo o pensamento neopositivista que compartilha desses pressupostos. Cf. Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, p. 35-37.

¹³¹ Araújo de Oliveira, ob. cit., p. 80.

natureza e sua repetição que servem de pressuposto à indução lógica tradicional: seria proposta uma ligação entre enunciados com pretensão de verdade e elementos a sua disposição, graduando a aceitabilidade racional deles conforme essa relação e limitando os termos de cada verificação a qual precisa cada vez de mais justificativas para operar. Isso se dá a partir da noção de probabilidade professada pelos estudiosos dessa abordagem que abandonam as pretensões lógicas de ligação entre um fato e outro, observando que, no máximo, seriam aferíveis graus de probabilidade dessa relação.

Apesar de negar a possibilidade de se conhecer a realidade e suas implicações pela mera observação, enquanto juízo sintético *a priori*, enquanto fundamentação de todo conhecimento, essa abordagem afirma que, para justificar o método indutivo, seria suficiente mostrar um alto grau de probabilidade dos fenômenos sobre os quais se debruça e propor esquema de relações analíticas entre hipóteses e elementos empíricos de confirmação, mas essa justificação da indução é fraca, pelo fato de que o alto grau de confirmação do chamado princípio da uniformidade da natureza nada diz sobre sua validade para o futuro e acaba por não contornar as tradicionais objeções de maneira ideal, como anteriormente destacado. Não oferece resolução à justificativa de indução, pois permanece em aberto o porquê se confia na conclusão observada.

Assim, esse tipo de pensamento reconhece que os axiomas de lógica indutiva utilizados precedem a experiência empírica e prescindem dela *a priori*: para Carnap, de modo geral o fundamento dos axiomas sobre o qual se funda a fórmula da probabilidade lógica é sustentada apenas em nossa intuição sobre a racionalidade das decisões práticas. Resta claro, dessa maneira, que o recurso à intuição para justificar o axioma da indução significa o sacrifício daquilo que se tenta evitar a todo custo: a negação de uma fundamentação empírica de todo conteúdo cognoscitivo.¹³²

§17. *Impactos desse paradigma na investigação processual.* São muitas as repercussões que essa forma de compreensão do conhecimento tem quando tomado em relação ao raciocínio jurídico em matéria de fatos, o que vem sendo proposto com êxito na doutrina e ganhando cada vez maior repercussão na estruturação dos institutos da prática do direito. Os trabalhos de Cohen e Ferrer Beltrán são testemunhos disso. Apesar de tomarem em conta uma idéia de probabilidade a partir dos escritos empiristas, toda sua produção se estrutura conforme esse paradigma linguístico, propondo uma reformulação à noção de

¹³² Cf. Lombardo, ob. cit., p. 72.

prova como demonstração com impacto significativo na compreensão jurídica da investigação em matéria de fato.

Como visto acima, as mudanças identificadas no paradigma cognitivo deixaram intactas noções como a primazia cognitiva do juiz na investigação processual, mantendo-se a assimetria em relação às partes, seguindo a estrutura histórica do inquérito acima destacada. Entretanto, ao centrar a perspectiva nas condições de verificação dos enunciados linguísticos, tenta repensar parte importante da cognição processual atraindo grande impacto a alguns dos institutos que compõem a formulação da prova como demonstração. A partir das considerações sobre verdade, probabilidade e indução acima referidas é possível notar um redirecionamento das estruturas da prova judicial, revigoradas num sentido importante a partir desse paradigma.

De início, pode-se ressaltar que a referência da cognição judicial não mais seria retirada do trabalho de um historiador ante as diversas limitações dessa analogia às necessidades do direito. A tomada dessas comparações é muito mais profícua ao se considerar atividades voltadas à ação do que semelhanças nos juízos epistemológicos que precisam ser traçados. Assim, resultados mais interessantes são retirados, por exemplo, da comparação do juízo de fato processual com diagnósticos médicos voltados à decisão sobre o tratamento a ser ministrado ao paciente enfermo.¹³³

O raciocínio médico se utiliza de um procedimento de decisão voltado a um caso concreto, individual e único referente à doença de um determinado paciente. O médico designado para o tratamento do paciente de início não tem acesso direto ao problema do paciente, mas a fatos adjacentes a partir dos quais deverá obter inferências em relação à enfermidade. A informação disponível para o médico no momento da decisão pode não ser completa e nem oferecem individualmente informações concludentes em si.

¹³³ A comparação com a atividade dos historiadores sempre foi considerada pelos juristas, ainda que as reservas a suas formulações tenham apenas aumentado.

Do ponto de vista da ciência tradicional, o próprio Calamandrei, que sistematizou esse paralelo, já evocava as restrições desse tipo comparativo: [a] dever de imparcialidade do juiz nunca estará ao alcance do historiador: na eleição do tema já está a confissão de uma preferência e na formulação do problema se encontra já implícito o critério de solução; [b] o juiz teria limitadas também normativamente as fontes de conhecimento pela dogmática processual considerando seu compromisso com a resolução do conflito, enquanto o historiador poderia proclamar incertezas e manter a questão sempre aberta a outras evidências. A diferença de fundo relaciona o caráter eminentemente prático da orientação do juiz e não apenas epistemológico. Calamandrei, *Il giudice e lo storico*, p. 111-113.

Para Taruffo, entretanto, não são tanto as dificuldades dessa concepção que a descredenciam, mas sua inocuidade. A comparação entre juiz e historiador não ajudaria muito, pois não é capaz de indicar procedimento algum para conhecer dos fatos, nem características gerais dos objetos cognoscíveis, ou mesmo de aclarar o significado dos dados no qual se funda. Nada contribui para a análise do juízo de fato, porque não analisa de modo algum a estrutura lógica do procedimento. Taruffo, *ob. cit.*, 310-315.

O objetivo dessa atividade clínica é identificar o estado de saúde do paciente, ou seja, identificar o estado comprovado de acordo com a realidade, de modo que o enunciado sobre o estado de saúde coincida com a verdade do enunciado que se mostra provado. Entretanto, nada impede que os enunciados de diagnóstico não correspondam aos enunciados de verdade não obstante serem perfeitamente construídos conforme a experiência e as provas apresentadas. É que também o diagnóstico está submetido a um contexto probatório específico, sendo este a única base de elementos para verificação de sua correção. Daí porque, mesmo quando se age racionalmente, alcança-se a verdade dos fatos: os enunciados de diagnóstico são sempre construídos segundo o modelo “*há elementos suficientes em favor de p*”.

Esse modelo, segundo a abordagem semântica, é amplamente aplicável ao processo judicial especialmente porque também o diagnóstico tem objetivos concorrentes que poderiam ser considerados nessa analogia. Em nome dos objetivos de ação em favor do paciente, muitas vezes serão desprezadas provas que demorariam tempo demasiadamente incompatíveis com a urgência do caso, ou provas demasiado inconvenientes para tratar de patologias simples, ou ainda limites exigidos pela ética médica não poderiam ser infringidos para alcançar uma conclusão ou ministrar o tratamento, problemas no fundo muito semelhantes ao que o juiz passaria na análise do caso judicial. Além disso, o paciente também seria peça importante da análise probatória ao passar suas impressões em função aproximada às partes no processo judicial.¹³⁴

Dessa maneira, também a decisão clínica poderia ser dividida em três momentos distintos: recolhimento da informação, valoração individual e conjunta desses elementos e adoção de uma posição diagnóstica e terapêutica, que guarda paralelo próximo com as fases identificadas no processo judicial. Essa é uma forma bastante profícua de entender o que significa essa mudança de paradigma para o processo judicial, com repercussões claras para a racionalidade do juízo de fato e a condução de seus procedimentos.

Apesar do juiz ainda tomar papel importante na inquirição sobre prova, não mais demanda o próprio convencimento ou métodos definitivos de identificação da verdade. Sabe que a construção dos juízos de fato se faz com base em enunciados propositivos capazes de serem confirmados pela experiência empírica, contextualizado por elementos disponíveis, de maneira gradativa, aproximando-se idealmente da verdade. A relação entre verdade e prova passa a não ser mais considerada como conceitual, mas apenas teleológica, como uma

¹³⁴ A respeito dessa proposta de analogia e os argumentos que a sustentam considerando pontos de partida declaradamente neopositivistas, cf. Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, p. 49-52.

aspiração referencial, que mantém viva a dicotomia verdade formal e verdade material nessa nova perspectiva, não como um traço de inaptidão do processo para alcançar o método científico, mas como objetivo que guia a atuação jurisdicional. A verdade seria considerada como um objetivo a ser permanentemente perseguido, mas não como condição para a legitimação do juízo de fato no processo de aplicação do direito.¹³⁵

Nessa formulação é que se diz que os juízos de fato se referem à *aceitação* de enunciado empírico por parte do juiz. O termo *aceitação* aqui remete à expressão “considerado como verdadeiro” com o objetivo de subsidiar a ação, sendo imprescindível que haja boas razões para ser aceita com base no contexto probatório (mas não somente nele), independentemente da crença subjetiva em sua veracidade. Trata-se de afirmar uma premissa de raciocínio de caráter eminentemente prático, voltado para a decisão jurídica de um caso prático.¹³⁶

Quando se fala em aceitar determinado enunciado, quer-se reafirmar todas as características cognitivas acima destacadas pretendendo dissociar a decisão das aberturas às subjetividades que a circundam. É exatamente por isso que é restrito às provas dos autos e necessariamente atento somente àquilo que resulta de sua valoração racional tal como demonstrada. É exatamente por isso que precisa ser justificada por meio da concatenação de suas proposições com aquilo que foi observado, assim como o juízo sobre a suficiência dos elementos em relação às conclusões afirmadas.

Com isso, o convencimento perde espaço como elemento de julgamento, por ser meramente accidental a sua aceitação. Isso fica bastante claro num caso comum em qualquer experiência judiciária contemporânea, em ordenamentos que restrinjam provas obtidas por meio ilícito. Imagine-se que num processo trabalhista qualquer se discutisse a demissão por

¹³⁵ Segundo Taruffo o conceito de verdade figura como objetivo ideal das investigações processuais, embora seja reconhecidamente relativo diante das diversas limitações que representa para a atividade cognitiva. “La regulación legal del proceso y de las pruebas no es de por sí un obstáculo para que se determine la verdad de los hechos en el proceso supuesto que se trata inevitablemente de una verdad relativa y ligada al contexto que es establecida. Qué tipo de verdad es establecida en el proceso, en qué medida resulta aceptable y su proximidad o lejanía de la verdad que puede establecerse en otros contextos cognoscitivos, es un problema que sólo puede tener soluciones concretas y específicas en función de la naturaleza, de la amplitud y de la incidencia de los límites que imponen las normas de un determinado ordinamiento a la búsqueda de una versión verdadera de los hechos. En consecuencia, puede suceder que las normas de un ordinamiento procesal operen en el sentido de precluir absolutamente o en gran medida el descubrimiento de una verdad aceptable según criterios epistemológicos válidos en un contexto más amplio, del mismo modo que puede suceder que esa preclusión no derive de las normas destinadas al efecto sino de ideas, ideologías o prejuicios que también ‘entran en el contexto’ y condicionan el resultado del proceso. Sin embargo, puede también darse la hipótesis contraria, es decir, que a pesar de la presencia de normas, o incluso gracias a ellas, el proceso se oriente hacia el descubrimiento de una verdad aceptable en la medida en que se funde en criterios racionales y controlables. También este, si se quiere, es un elemento del contexto en el que se plantea el problema de la verdad procesal: no obstante, se trata de un contexto distinto y mejor.” Cf. Taruffo, ob. cit., p. 80-81.

¹³⁶ Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, p. 90-94.

justa causa de um determinado trabalhador, todavia, mesmo diante de criteriosa instrução probatória, o empregador não tenha sucesso em demonstrar a existência dos requisitos que caracterizassem esse instituto. Ainda oportunamente, entretanto, junta-se aos autos vídeos obtidos ilicitamente em que o empregado confirmaria a existência dos requisitos evocados para a justa causa e, a partir disso, fosse possível verificar diversos indícios que confirmariam sua autoria. A se levar a sério os critérios legais de licitude das provas levadas aos autos, apesar de não restar dúvidas em relação ao cometimento das irregularidades denunciadas, a decisão não poderia se sustentar no convencimento, mas no contexto probatório legitimamente construído.

Enquanto as crenças muitas vezes não dependem de um processo racional de elaboração, formuladas com base em pré-compreensões sobre determinados fatos ou objetos, a aceitação somente pode ocorrer de maneira justificada e proposital, sendo considerada sempre uma espécie de ato voluntário, ainda que, nem sempre, seja considerado epistêmico. Isso ocorre, por exemplo, quando a aceitação seja derivada de uma norma jurídica, como uma presunção que obrigue a aceitação de determinado enunciado quando verificadas algumas condições. Nesse caso, apesar de racionalmente justificável, nem sempre a aceitação terá uma necessária correspondência com a realidade dos fatos, podendo funcionar, até mesmo, de forma contra-intuitiva ou improvável.

Toda essa noção se adapta, facilmente, à realidade da prova na tradição dos procedimentos de investigação jurídica, na medida que não discrepa tanto dos realismos praticados modernamente. Essa concepção parece não alterar muitos elementos do jogo processual, viabilizando uma reforma dos institutos processuais e de velhos dogmas retomados em novas roupagens, oferecendo até explicações mais satisfatórias do que as formulações anteriores. Há muitas regras de natureza processual que sentem o impacto dessa concepção epistemológica, que apenas confirmam a importância das discussões referentes ao fundamento da dogmática sob pena de serem incorporados como procedimentos frívolos a serem dispensados na primeira dificuldade em cumpri-los.

§18. Segue: Novo olhar sobre os institutos processuais. A renovação da discussão epistemológica nesses termos se estende por todos os momentos do raciocínio sobre fatos ocorridos no processo judicial, com consequências importantes sobre a compreensão das limitações impostas à apreciação da prova presentes, tanto na estrutura da relação processual quanto nas regras compõem o sistema probatório. É certo que não é somente o influxo epistemológico que determina o conteúdo das regras sobre prova,

respondendo as construções legislativas a diversas preocupações que se encontram no debate institucional que vão, desde considerações sobre moralidade da investigação, até a prática cotidiana do processo.¹³⁷ Entretanto, esses fatores somente podem ser considerados em conjunto, equação na qual a variável epistemológica desempenha papel imprescindível.

Tal como apresentada, a abordagem epistemológica, a partir do giro linguístico-semântico, destaca três temas principais que a diferenciam da perspectiva cientificista que compõem o cerne da idéia de prova como demonstração: o papel fundamental da linguagem na elaboração do conhecimento; a concepção da realidade a partir das condições de verificação dos enunciados; desenvolvimento de mecanismos de aferição dos graus de confirmação que cada enunciado pode proporcionar. Cada uma dessas idéias abre caminho para releituras da conformação que a investigação judiciária assume no âmbito do processo. Dessa maneira, além do impacto sentido diretamente na forma de raciocinar sobre provas que não é repassado à órbita das normas jurídicas, diversos institutos incorporam essas orientações e sofrem significativas mudanças de conteúdo nesse quadro dogmático.

Ao centrar na linguagem todas as possibilidades do conhecimento, o processo modifica o eixo de suas investigações dos fatos em si mesmos aos enunciados sobre fatos, com implicações importantes para o desenvolvimento de sua investigação e decisão. Essa distinção que atende ao papel atribuído à linguagem nesse modelo, além de proporcionar uma descrição mais fiel dos fundamentos epistemológicos do processo judicial, coloca, em termos mais adequados, o objetivo do processo judicial em suas investigações empíricas. A questão a ser resolvida não se limita à veracidade de um determinado fato, mas a possibilidade de sustentar sua ocorrência de modo a viabilizar a identificação das consequências jurídicas que pode ensejar.¹³⁸

¹³⁷ O impacto do modelo epistemológico é sentido de maneira primordial, em qualquer análise, pela modificação do conteúdo das regras relacionadas a valoração da prova, que indicam o caminho a ser considerado na formação do juízo de fato uma vez formado o conjunto probatório. Trata-se de regras relacionadas a orientação dos juizes em como considerar os meios de prova produzidos de maneira a atingir um resultado correto na verificação de cada um deles. As regras jurídicas de valoração já não têm grande aceitação num contexto de livre apreciação da prova considerando a necessidade de subordinação do juiz apenas a lógica que conduziriam a identificação da verdade, o que não estaria na órbita de regulamentação jurídica. Mas ainda assim são sentidas modificações que sugerem modelo diferente de compreensão do papel do juiz em relação a prova, atingidas pelas formulações desse paradigma. Cf. STEIN, Alex. Against free proof. 31, *Israel Law Review*, 1997, 573-589. Esse assunto será objeto do item 3, desta primeira parte, a seguir.

¹³⁸ “A ‘ideia’ que o julgador tem da situação de facto verificada, tem que ser por ele articulada para poder comparar com as notas distintivas da previsão legal e a situação de facto verificada tem que ser por ele enunciada numa linguagem que seja conforme à lei. A apreciação da situação de facto enquanto situação de facto que corresponde (ou não corresponde) às notas distintivas da previsão legal não vem temporalmente a seguir à conformação de facto (como enunciado), mas acompanha-a, uma vez que a conformação da situação de facto, como foi dito, só resulta tomando em consideração a possível significação de cada um dos factos. Resta a constatação, que há que se autonomizar disto, que ‘esta situação de facto se verificou efectivamente

Nesses termos, a investigação processual coloca em perspectiva a provisoriedade e a contextualização de suas conclusões, características fundamentais para se compreender as construções processuais. Isso porque, através dessa medida, consegue-se afastar concepções que buscam na verdade absoluta ou na percepção subjetiva da realidade, supostamente alcançados por métodos de observação, como elementos centrais da legitimação do juízo de fato. Assim se possibilita a afirmação de critérios responsáveis para a conclusão sobre fatos, impedindo o desenvolvimento de construções que acabam sendo arbitrárias.¹³⁹

Tomar os enunciados como objetos centrais da investigação não significa, entretanto, uma subordinação dessa atividade apenas àquilo que as partes propõem, mas essencialmente à direção que o juiz confere ao levantamento, análise e conclusão sobre tudo o que é suscitado pelas partes no processo com relação à questão empírica. O juiz é, também nessa construção, o vértice da investigação processual, mas é preciso ressaltar a importante diferença de que sustenta a força de seus enunciados em bases pretensamente mais adequadas às necessidades do direito e mais justificadas que o modelo anterior, restrito à identificação dos elementos que levam ao convencimento. Não se confia apenas na capacidade de revelação dos métodos utilizados, até porque nem sempre é possível empregar perfeitamente métodos comprovados de investigação, mas na credibilidade que os enunciados ganham a partir dessas observações e sua coerência com outras observações pacificamente aceitas.

Essa abordagem, a partir dos enunciados, tem consequências importantes para o processo, consolidando estrutura diferente de investigação a ser desenvolvida. A preocupação processualista com os poderes instrutórios do juiz é um exemplo dessa influência. Com o objetivo de preservar sua imparcialidade, o papel de investigador

assim', de que a situação de facto enquanto enunciado reflecte de modo adequado a situação de facto verificada, os eventos facticos." Larenz, ob. cit., p. 392.

¹³⁹ A contextualização da investigação faz parte da própria estrutura do processo o encerramento das discussões pela decisão conferindo-lhe limitação temporal, mesmo diante do inconformismo das partes e da vontade em continuar com a discussão entre si. A necessidade de pacificar os conflitos por meio do direito exige decisões e supressão legítima dos argumentos levantados sem o amparo do conjunto probatório, atendendo a um dos principais objetivos do processo. Nem mesmo a limitação representada pela coisa julgada é capaz de macular a adequação dessa noção epistemológica à problemática jurídica. Apesar de constituir restrição a impugnabilidade da decisão judicial e impedir revisões sobre a matéria sobre o assunto, não impede a retomada do questionamento dos fatos utilizados em determinada decisão. Ao operar apenas na conclusão dos pedidos veiculados na ação, seus efeitos se restringem a análise de um caso específico sob determinadas circunstâncias e não uma declaração peremptória sobre a verdade. Os sistemas processuais permitem até mesmo a atenuação de seus efeitos para os casos concretos, quando assim for importante, tanto por meio do instituto da ação rescisória, quanto por sua peculiar caracterização nos casos de insuficiência de prova em ação coletiva. Sobre a limitação temporal e preclusiva do processo e sua relação com essa abordagem epistemológica, cf. Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad*, p. 40-48; 56-60.

equidistante das versões apresentadas pelas partes, a participação do juiz na formulação da prova sempre foi orientada ao afastamento quanto a apresentação de provas.

Entretanto, considerando as formulações epistemológicas apresentadas, não se vê maiores problemas em quebrar a antiga idéia de que esse envolvimento vicia o próprio espírito na defesa de alguma das causas, impedindo esse comprometimento. Caso se tome em consideração tal perspectiva epistemológica, percebe-se que a leitura dos fatos é feita por todos os envolvidos na investigação e, principalmente, pelo juiz, não havendo qualquer mácula em seu papel a partir de pretensão de confirmar as hipóteses levantadas nos autos, o que autoriza, em boa medida, a ampliação dos poderes instrutórios que tradicionalmente lhes são concedidos. Aliás, a participação do investigador é fundamental para o sucesso da análise, porque sua inventividade poderia proporcionar, ao lado dos requerimentos das partes, o acesso aos diversos elementos de confirmação ou refutação imprescindíveis no caso concreto.¹⁴⁰

¹⁴⁰ A discussão sobre os poderes inquisitórios dos juízes é fundamental a qualquer construção feita sob esse direcionamento epistemológico, justamente por partir do pressuposto que as investigações se processam mediante hipóteses a serem confirmadas ou não pelos testes levantados na investigação. Daí ser totalmente compreensível que os processos judiciais se utilizem deles para pautar seus mecanismos de análise. Mesmo no processo penal essa lógica prevalece, uma vez que, apesar dos influxos valorativos que o circundam, também compartilham da mesma noção de razão, conhecimento e verdade.

Gustavo Badaró corrobora essa abordagem epistemológica, mesmo sem abordar diretamente tais construções, ao afastar da concepção de poderes instrutórios atribuídos ao juiz determinadas interpretações restritivas de regras do direito probatório que implicavam em limitações excessivas a uma participação mais ativa do juiz na instrução da causa.

Nesse sentido, o autor aceita a construção doutrinária de diferenciação entre princípio dispositivo e princípio da demanda. Enquanto este se refere ao direito exclusivo da parte em propor a demanda, aquele seria reservado a designação da iniciativa das partes na definição dos fatos do processo e na produção dos meios de prova. Argumenta que a delimitação dos fatos debatidos na causa não é vinculada ao princípio dispositivo porque, mesmo em ordenamentos em que vige, há diversas exceções de matérias que podem ser conhecidas de ofício independentemente da disponibilidade do direito, sendo o juiz livre para aplicar o direito sobre os fatos narrados. Não haveria tampouco relação entre disponibilidade do direito e poderes instrutórios do juiz, pois essa é uma postura decorrente muito mais do advento do caráter público do processo que atinge indiscriminadamente julgamento de direitos disponíveis ou não. Tampouco há relação de vinculação absoluta entre a disponibilidade do direito material e a disponibilidade da relação jurídica processual, porque há casos em que o direito é disponível e não se pode desistir e outros em que é indisponível e se pode transigir. Por fim, argumenta que a disponibilidade não significa uma estrita correlação entre pedido e sentença, pois essa regra revelaria desdobramento do contraditório.

Como se percebe, o autor vincula o princípio dispositivo à disponibilidade, à vontade das partes como definidora das discussões de direito material e dos elementos disponíveis ao processo de sua aplicação. Entretanto, essa definição ainda deixa em aberto algumas questões que precisam ser analisadas em relação ao princípio dispositivo. Parece que se tenta extrair dessa definição sua vinculação a disponibilidade das partes sobre o direito material, sobre a fixação do objeto da demanda e sobre a forma de introduzir os fatos e as provas no processo e a vinculação do julgador a esse material. Nessa perspectiva, o princípio dispositivo seria destinado a justificar alguma primazia do particular sobre o Estado, que em qualquer caso leva à ideologização da questão.

Badaró não aceita fundamentação política os poderes instrutórios do juiz, porque normalmente são vinculados com regimes antidemocráticos, pois diversos países democráticos teriam legislações permissivas quanto a participação ativa dos juízes na instrução. Ao não vislumbrar a vinculação política proposta por muitos, afirma se tratar de questão meramente de técnica processual quando vislumbrada a partir de determinado ponto de vista epistemológico.

O eixo de garantia do conhecimento adequado deixa de ser a percepção do juiz que poderia ser viciada por seu envolvimento direto na produção de provas. Há um deslocamento essencial do juízo de fato para outro tipo de garantia, centrado nas condições de verificação do enunciado que se pretende apartada das percepções subjetivas provocadas por determinado objeto. Essa justificação, conforme se verifica do esquema de probabilidade indutiva exposto acima, que subsidia essa forma de raciocínio, dá-se na forma de enunciados construídos de maneira linguisticamente adequada capaz de refletir aquilo que se observa e relacionar tais construções com outros enunciados confirmados pela experiência, na esperança de obter uma espécie de confirmação pela coerência.

Apesar de serem poucas as mudanças verificadas quanto aos seus personagens e aos seus elementos, ao ser mantida estrutura que opõe partes entre si e estabelece o juiz como presidente da investigação com o objetivo de confirmar hipóteses mediante a interpretação de elementos probatórios, é fundamental reconhecer alterações. As diferenças começam a ser notadas quanto aos papéis que lhes são atribuídos conforme as premissas epistemológicas diferenciadas, desenvolvidas de maneira importante nas regulamentações sobre a consideração da prova pelo juiz e na nova consideração de seus critérios de decisão. Não mais se considera apenas a questão psicológica da imparcialidade do juiz, mas averigua-se a questão da justificação para verificar se sua participação prejudica, necessariamente, à moralidade de sua função.¹⁴¹

Assim, dentre as regras destinadas à conformação do conjunto probatório, normalmente constituído de dispositivos voltados à exclusão de alguns mecanismos por agressão à moralidade da investigação ou de requisitos à manutenção da imparcialidade do julgador, o impacto do paradigma epistemológico se faz sentir mais no segundo sentido e para diminuir sua abrangência. Considerando que essa abordagem é mais direcionada ao controle das condições dos enunciados sobre fatos do que a pessoa do investigador, dificilmente regras de exclusão de provas centradas nesse mote ganharão maior espaço nos ordenamentos jurídicos que partilharem dessas premissas. Sobre essa forma de restrição

Assim, o princípio dispositivo não guarda relação direta com o alcance atribuído aos poderes probatórios do juiz, pois nem a disponibilidade do direito significa proibição para participação ativa do juiz, nem a indisponibilidade significa necessidade de participação ativa. A ampliação dos poderes instrutórios do juiz não seriam, nessa abordagem, algo derivado da axiologia jurídica, mas da própria conformação epistemológica da investigação. A vedação da confusão entre os papéis de acusação e julgamento leva apenas ao impedimento de que o juiz possa buscar fontes de prova, mas permite que requeira meios diante do que se apresenta nos limites da causa. Cf. Badaró, ob. cit., capítulo II; GRINOVER, Ada P. Iniciativas instrutórias do juiz no processo penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 27, ano 7, julho-setembro/1999, p. 71-79.

¹⁴¹ Essa explicação é melhor desenvolvida no item 2.5 dessa primeira parte, ao se tratar da necessidade de objetivação da argumentação referente aos juízos de fato.

aplica-se integralmente a explicação sobre o papel dos juízes acima, que implica redução importante de interpretações da legislação que vedem aos juízes a produção de prova com base em sua imparcialidade.¹⁴²

O impacto dessa nova concepção do juízo de fato é verificado, no mesmo sentido, a partir da progressiva restrição do princípio da imediação entre juiz e prova nos processos judiciais. Além de pouco operacional na realidade judiciária considerando as dificuldades que a vinculação da pessoa do juiz a determinados processos pode trazer para a organização da atividade judicial, o fundamento da norma se tornou epistemologicamente nulo diante da desnecessidade do juiz participar pessoalmente da instrução para estar apto ao julgamento da causa ou mesmo para ter qualquer vantagem na cognição dos seus fatos relevantes. Isso só é possível porque se considera a verificação justificável como mecanismo de controle eficiente de uma cognição mais adequada para o processo judicial.

Como visto, a ideia essencial a respeito da cognição a partir da consideração semântica dos enunciados linguísticos a respeito da matéria empírica torna insubsistente a necessidade de acompanhamento pessoal de um mesmo sujeito na colheita das provas e julgamentos sobre fatos, pois as impressões subjetivas são necessariamente substituídas por narrativas fundamentadas nos elementos que fazem parte do conjunto probatório. Nessa

¹⁴² No mesmo sentido das análises críticas apresentadas nos posicionamentos identificados na nota anterior, é possível verificar tanto na interpretação de textos legais quanto na análise de casos específicos da jurisprudência posicionamentos no mesmo sentido, flexibilizando a antiga orientação que nega aos juízes a identificação de poderes instrutórios sob pena de perder a imparcialidade necessária para o julgamento da causa. As razões dogmáticas passam muito mais pelo abrandamento de comandos legais em confronto com orientações equivalentes existentes na legislação do que a partir de uma revisão de temas epistemológicos no confronto com o direito. Entretanto, não deixa de ser um sintoma claro dessa mudança de perspectiva a modificação de comandos legais consagrados que não resistem aos argumentos que se lhes opõem no curso de diversos debates sobre a identificação da prova.

No âmbito da análise da práxis dogmática, João Batista Lopes assevera: "Os processualistas modernos, de um modo geral, põem em relevo que o juiz não é mero espectador da disputa das partes, mas desempenha papel ativo na direção e instrução do processo. A garantia do *due process of law* traz, ínsito, o respeito ao princípio do contraditório (que compreende não somente o direito de defesa, mas também o de produzir provas) e ao princípio da igualdade das partes (paridade de armas). Para bem exercer esse papel não pode o juiz postar-se como simples 'convidado de pedra', mas assumir a direção e a instrução do processo. Surge, assim, a figura do juiz 'diretor material' do processo, que exerce um poder de estímulo e de intervenção com o escopo de assegurar a igualdade substancial das partes e a prestação jurisdicional qualificada." LOPES, João Batista. *A prova no direito processual*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2007.

Quando aos casos concretos, esse entendimento vem sendo aplicado há muito, inclusive no âmbito dos Tribunais Superiores: "O código de 1973 acolheu o princípio dispositivo, de acordo com o qual o juiz deve julgar segundo o alegado pelas partes (*iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*). Mas o abandonou, tendo em vista as cada vez mais acentuadas publicação do processo e socialização do direito, que recomendam, como imperativo de justiça, a busca da verdade real. O juiz, portanto, não é mero assistente inerte da batalha judicial, ocupando posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas determinar a produção de provas, desde que o faça com imparcialidade, sem ensejar injustificado favorecimento a litigante que haja descurado ou negligenciado em diligenciar as providências probatórias de seu interesse." (STJ. REsp 17591/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 07/06/1994, DJ 27/06/1994 p. 16982).

perspectiva, a racionalidade da investigação não passa primordialmente pela sensibilidade do julgador, mas pela sustentabilidade das narrativas embasadas pelos instrumentos de prova. O que importa é o fortalecimento das narrativas passíveis de formulação racional conforme os elementos levantados de maneira coerente, encadeada e provável a partir do esquema indutivo proposto.

A diferença entre os textos referentes à imediação entre juiz e prova estabelecidos nos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973 no direito brasileiro, estabelecem regras bastante diferentes a respeito da necessidade da participação do juiz da instrução no julgamento da causa. No CPC de 1939, o art. 120 somente autorizava que o juiz instrutor não fosse o julgador de seu mérito se o fundamento de seu afastamento fosse “a absoluta incapacidade física ou moral para o exercício do cargo”.¹⁴³ Já no CPC de 1973, alterado pela lei 8.637/93, o art. 132 torna mais flexível essa exigência do processo judicial por não fazer tantas exigências para o repasse da causa para o sucessor.¹⁴⁴

O debate que conduz a essas alterações dificilmente compreende questões epistemológicas que digam respeito à racionalidade subjacente ao ofício jurisdicional. Por isso, os textos legais não permitem uma leitura integralmente situada no paradigma epistemológico proposto, tanto assim que ambas repetem que está na margem de discricionariedade do juiz a possibilidade de repetição da produção dos meios de prova, ainda valorizando a sensibilidade do juiz em suas decisões, reafirmada, no CPC de 1973 pelo art. 446, II que afirma ser dever do juiz “proceder direta e pessoalmente à colheita das provas”. Entretanto, a leitura desses dispositivos vem sendo, cada vez menos, exigente com a necessidade de imediação entre juiz e prova há tempos, com amplo respaldo dos tribunais.¹⁴⁵

¹⁴³ “Art. 120. O juiz transferido, promovido ou aposentado, concluirá o julgamento dos processos cuja instrução houver iniciado em audiência, salvo se o fundamento da aposentação houver sido a absoluta incapacidade física ou moral para o exercício do cargo. O juiz substituto, que houver funcionado na instrução do processo em audiência, será o competente para julgá-lo, ainda quando o efetivo tenha reassumido o exercício.

Parágrafo único. Se, iniciada a instrução, o juiz falecer ou ficar, por moléstia, impossibilitado de julgar a causa, o substituto mandará repetir as provas produzidas oralmente, quando necessário.”

¹⁴⁴ “Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas.”

A necessidade da proximidade entre juiz e prova é afirmada por Humberto Theodoro Jr.: “a mesma pessoa que colhe a prova deve ser também quem aprecia e formula a decisão da causa”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Princípios gerais do direito processual civil. Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 23, 1981, p.186.

¹⁴⁵ “Quando o juiz titular, ou substituto, que iniciou a colheita das provas, for transferido, promovido, ou aposentado, e passar os autos ao seu sucessor, este, ao prosseguir na audiência, poderá optar por um dos

Muito embora entenda que as razões principais para o afastamento desse princípio, na prática, seja primordialmente de caráter operacional, diante da necessidade de gerenciamento de pessoal nos tribunais, tal alternativa somente é viabilizada pela possibilidade epistemológica de desvincular o juiz da produção específica da prova. Isso

seguintes caminhos: aproveitar a prova já produzida, ou mandar repeti-la. Essa prova, como bem elucidava o art. 120, parágrafo único, do Código de 1939, é apenas a colhida oralmente. A lei atual não repete esse advérbio, mas a finalidade do instituto leva a concluir que a regra só se aplica à prova colhida por aquele meio. Ao deixar a critério do novo juiz repetir, ou não, a prova, a lei atenua o rigor do princípio da imediação e o faz bem. Realmente, ao examinar os autos, poderá o julgador verificar que os depoimentos foram prestados em forma clara, demonstrando exato conhecimento dos fatos pelos declarantes, e que a inquirição correu sem incidentes. Tudo isso leva a crer que a repetição será supérflua. Mas se houve contradita de testemunhas, vacilações, imprecisões, ou outros incidentes que aconselhem ao juiz formar uma impressão pessoal das testemunhas, ou partes, aí deve o juiz repetir a prova, para melhor poder avaliá-la." (BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10ª ed., v. I, Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 404)

"O afastamento por qualquer motivo do Juiz responsável pela colheita da prova oral em audiência, autoriza, a teor da letra do art. 132 do Código de Processo Civil, seja a sentença proferida pelo seu sucessor que decidirá acerca da necessidade ou não da repetição do ato. Atenuação legal do princípio da imediação." (STJ. REsp 257.115/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, quarta turma, julgado em 29/06/2004, DJ 04/10/2004 p. 302).

"PROCESSO CIVIL E RESPONSABILIDADE CIVIL. ROUBO EM AGÊNCIA BANCÁRIA. RESPONSABILIDADE DO BANCO. CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. CPC, ART. 132. EXEGESE. PRECEDENTES. DOUTRINA. APELO ESPECIAL. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. RECURSO DESACOLHIDO.

I - Nos termos da nova redação dada ao art. 132, CPC, que veio a ratificar anterior inclinação da jurisprudência, o afastamento do juiz que colheu a prova oral não impede que seja a sentença proferida pelo seu sucessor, o qual, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas. Não se reveste de caráter absoluto o princípio da identidade física do juiz.

II - Esta Corte tem entendimento firme no sentido da responsabilidade do banco por roubo ocorrido no interior de agência bancária, por ser a instituição financeira obrigada por lei (Lei n. 7.102/83) a tomar todas as cautelas necessárias a assegurar a incolumidade dos cidadãos, não podendo alegar força maior, por ser o roubo fato previsível na atividade bancária.

III - A teor do enunciado n. 7 da súmula/STJ, o recurso especial não é a via adequada para o reexame de provas." (STJ. REsp 227364/AL, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 24/04/2001, DJ 11/06/2001 p. 226)

"INDENIZAÇÃO - MATÉRIA DE PROVA - PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 132 DO CPC - DISPOSITIVOS LEGAIS NÃO PREQUESTIONADOS - RECURSO NÃO CONHECIDO.

I - Nos termos da nova redação dada ao art. 132 do CPC, o afastamento, por qualquer motivo, do juiz que concluiu a audiência de instrução, colhendo a prova oral, autoriza que seja a sentença proferida pelo seu sucessor, o qual, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas.

II - A controvérsia foi solucionada com base nas provas carreadas aos autos e sua revisão encontra óbice na Súmula 7/STJ.

III - Os dispositivos legais ditos vulnerados carecem do necessário prequestionamento e sequer opostos Embargos Declaratórios para sanar eventual omissão (Súmula 282 e 356/STF).

IV - Recurso não conhecido." (STJ. REsp 192680/PR, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/09/2000, DJ 06/11/2000 p. 199).

Também na doutrina se inclina nesse sentido ante os estudos referentes a relação do juiz com a causa, não somente em termos de imediação com a atividade probatória, mas em todos os âmbitos da atividade jurisdicional resumido na rubrica "princípio da identidade física do juiz". Leonardo Cunha se manifesta nesse sentido detendo-se especificamente na questão da imediação como regra que perde suas forças no atual cenário institucional do processo, principalmente por conta das diversas situações que podem ensejar a desvinculação e não tanto pela superação dos argumentos de legitimação que propõe. Afirma textualmente que: "as exceções à aplicação do princípio da identidade física do juiz passaram a ser muitas, de forma a restarem poucas as hipóteses em que, realmente, o juiz fica vinculado e com o dever de, naquele caso, ser ele a proferir a sentença." CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Breves notas sobre a regra da identidade física do juiz*. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 234.

somente pode ocorrer conforme o paradigma epistemológico proposto, em que se defende a superioridade dessa alternativa àquelas que requerem a participação direta dos juízes. Ainda que a questão epistemológica concorra com fundamentos pragmáticos viabilizados pelos dispositivos, continua sendo expressão clara da revisão cada vez mais aceita pelos dispositivos legais e pela prática judiciária ante a força de suas construções.

Diante disso, identifica-se novo fundamento para a revisão das questões em juízo de cassação, permitindo que o tribunal, mesmo não tendo sido responsável pela colheita e produção da prova, tenha condições de se manifestar sobre ela em qualquer nível. Também aqui, retira-se da subjetividade do juiz o potencial conhecimento dos fatos centrando suas esperanças de legitimação nas análises dos enunciados a partir do contexto probatório disponível. Essa questão sempre foi uma dificuldade do direito processual, que modifica suas perspectivas de resolução a partir desses novos fundamentos epistemológicos.

Construções autorizadas e ainda bastante seguidas trabalharam essa questão ainda consoante critérios afastados desse tipo de construção, as quais destacam a possibilidade do tribunal revisar questões de fato apenas relacionadas com juízos de valor feitos pelo julgador na análise de fatos, jamais, entretanto, aspectos relacionados a sua percepção da realidade. Assim foi estabelecido critério para a cassação em matéria de fato, conforme se tratasse de matéria relacionada à reflexão ou à percepção do julgador ou júri, que seriam os únicos habilitados para fazer juízos sobre a matéria de fato conforme suas sensações. Essa noção estaria ainda presa à idéia de que o conhecimento se revela à análise do sujeito que se debruça sobre determinado objeto, revelando-se ao seu espírito em sua essência.

A abordagem da cassação com base nessa dicotomia para identificar as questões de fato, além dos diversos problemas que encontra na sua utilização prática, acaba por esbarrar nas dificuldades epistemológicas de ter, no sujeito, a referência principal das possibilidades de cognição e verificação da verdade, hipótese não compartilhada por esse pressuposto teórico. Ao centrar a investigação sobre os enunciados, busca formas de confirmação possíveis para as hipóteses que levantam, estruturando uma nova forma de confirmação não pautada em observações definitivas de fenômenos, mas na possibilidade de sua sustentação.¹⁴⁶

A ênfase nas possibilidades de justificação dos juízos de fato é o grande ponto de modificação dessa perspectiva epistemológica quando aplicada às questões empíricas do

¹⁴⁶ Essa discussão é rememorada pelo autor. Knijnik, *Recurso especial*, p. 162-169.

processo judicial, sendo fundamental ressaltar ainda dois pontos fundamentais que constituem esse novo raciocínio sobre prova: máximas de experiência e motivação das decisões judiciais. Tais capítulos do estudo do direito probatório ganham nova importância a partir desses pressupostos. Impossível deixar de mencionar, desde logo, algumas discrepâncias decorrentes do impacto causado por essa abordagem epistemológica.

Ligado ao paradigma anterior, Aldroado Furtado Fabrício, seguindo Frederick Stein, considera as máximas de experiência como “*definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, desligados dos fatos concretos que se apreciam no processo, procedentes da experiência, mas independentes dos casos particulares de cuja observação foram induzidas e que, além desses casos pretendem ter validade para outros que venham a ocorrer.*”¹⁴⁷ Assim, entende que as máximas de experiência têm natureza diversa de outros tipos de prova, remetendo a uma forma de saber privado do juiz, cuja interferência seria autorizada a funcionar como premissa maior no raciocínio de fato na decisão judicial.

Esse apelo à discricionariedade judicial é necessariamente ligado a um esquema lógico-dedutivo, que visa a estipular, na máxima de experiência, a regra geral, mediante a qual pretende operar a conclusão de sua inferência. Tal premissa seria preenchida discricionariamente pelo saber privado do juiz, seguindo o critério da experiência pessoal, vago o suficiente para permitir que o sujeito goze de certa liberdade na ocasião da estipulação do raciocínio. Poder-se-ia, assim, fazer um paralelo entre a relação entre as máximas de experiência e o juízo de fato com a relação que se estabelece entre os métodos integrativos do ordenamento jurídico e o juízo normativo. As regras de integração especificadas no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, que estipulam serem analogia, princípios, costumes e equidade formas discricionárias de superação dos problemas referentes às lacunas do direito, seriam aberturas para não se contar com o dado objetivo fornecido pelo direito, assim como, as máximas serviriam à complementação do juízo de fato. Seriam esses os casos em que a lógica não operaria com dados objetivos, verificados *a priori*, obrigando o julgador a tomar decisões não vinculadas.¹⁴⁸

A formulação, a partir do ponto de vista do giro linguístico-semântico, sustenta o expediente das máximas de experiência em termos bastante distintos, mas não menos compatíveis com a utilização jurídica. Postula-se, para elas, a mesma natureza indutiva sob as quais se constituem as observações empíricas particulares. Isso significa que funcionam

¹⁴⁷ Cf. FABRÍCIO, Aldroado Furtado. Fatos notórios e máximas de experiência. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 376, novembro-dezembro 2004, citação p.6.

¹⁴⁸ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. In: *Temas de direito Processual – 2ª Série*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 16

como dados empíricos de confirmação lógica da conclusão proposta no processo através de hipóteses específicas, que são possíveis a partir de observações de casos particulares as quais serviriam de base para a resolução de outro caso particular. Possibilitam conclusões analíticas: verdadeiras ou falsas estritamente do ponto de vista lógico, tal como propõe desde o início essa perspectiva.¹⁴⁹

Para isso, é preciso supor outros mecanismos de fundamentação das máximas de experiência, diferentes da subjetividade ou ciência privada do juiz, ou fundados numa suposta homogeneidade de crenças sociais capazes de subsidiar uma decisão dessa natureza. Taruffo, por exemplo, sugere que isso seja feito com base no conhecimento autorizado da realidade testado e aprovado em diversas situações nas quais foi utilizado, assim como na busca do acatamento intersubjetivo das noções que o juiz pretende usar. Em todo caso, as máximas de experiência fazem parte de uma atitude interpretativa voltada à aquisição e metabolização de conhecimentos incertos e complexos, a partir dos quais se propõem fundamentos comparativos de validade para as hipóteses levantadas, os quais serviria de elementos semânticos de confirmação.¹⁵⁰

As generalizações seriam elementos fundamentais do raciocínio sobre prova, sendo objeto, elas, também, do mesmo escrutínio de justificação a que são submetidos os fatos sob investigação no processo, ainda que sejam bastante negligenciadas pelos teóricos dessa fórmula.

Da mesma forma, a motivação das decisões em matéria de fato ganham nova importância nesse contexto. Entendida como garantia política destinada a controlar os poderes outorgados aos juízes, a motivação adentrava o regramento do processo judicial como uma exigência das decisões. Desvinculada, entretanto, de reflexões epistemológicas, essa garantia é subestimada e interpretada de maneira restritiva.

Há diversos entendimentos que retiram da motivação seu caráter de instrumento da legitimação das decisões. Isso porque a entendem como singela descrição do raciocínio que leva à determinada conclusão, como uma espécie de individualização do caráter lógico-jurídico da decisão, tal como se demonstram em diversos posicionamentos sobre a matéria. A motivação não compõe uma forma de atingir os objetivos epistemológicos do processo. Seria uma regra a ser levada a cabo posteriormente aos juízos de fato ocorrerem com o único objetivo de informar sobre como se procedeu ao raciocínio e não em o sustentar. Trata-se de

¹⁴⁹ Cf. ROSITO, Francisco. *Direito probatório: as máximas de experiências em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 83-87

¹⁵⁰ TARUFFO, Michele. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*. Tradução: Cândido R. Dinamarco. Curitiba: IBEJ, 2001, p. 30-31

dar publicidade ao agir do poder, mas não exigir dele satisfações em face de suas escolhas em face de outros argumentos levantados para a interpretação daquilo que é observado.¹⁵¹

Na abordagem proposta, essa postura não é exigida apenas em casos específicos de interpretação dos fatos qualificados pelo direito, como, por exemplo, aqueles debates referentes à intenção nas questões penais, como se admite algumas vezes. Em face de um conhecimento que trabalha com probabilidades indutivas de enunciados e considerando que esses enunciados não mais produzem do que narrativas apenas prováveis sobre os fatos nos quais se debruçam, a justificação seria exigida em todos os juízos de fato, envolvam qualificações jurídicas ou não.

Nesse sentido, a abordagem linguística, considerando sua concepção sobre como o conhecimento se processa, acaba por sustentar um papel ainda mais importante para a motivação das decisões judiciais. A justificação da sentença passa a ter um espaço diferenciado na legitimação da atividade jurisdicional. Se não é mais possível se postular o descobrimento da verdade “tout court” e nem se pautar em impressões subjetivas para se aceitar um comando jurídico, somente a construção racional das versões sobre os fatos consubstanciadas em enunciados linguísticos que estipulam premissas e possibilitam o relacionamento entre si seriam capazes de atribuir, à decisão judicial, a racionalidade suficiente para sua aceitabilidade.

A necessidade de justificação sobre o juízo de fato, os termos em que ela influencia a dogmática processual e os elementos que a constituem serão objeto de explicação mais detalhada no item seguinte do trabalho. Por ora, considera-se comprovada a influência dessa abordagem linguística dentre os institutos do direito processual. A contínua revisão que essas formulações vêm sofrendo indica as excelentes alternativas que as reflexões epistemológicas têm a proporcionar às questões jurídicas, sempre apostando na racionalidade como fonte principal de legitimidade das decisões dessa natureza.

¹⁵¹ Não obstante as referências a necessidade de justificação da decisão em matéria de fato, Marinoni e Arenhardt tratam da motivação como dever do juiz de explicar “a origem e as razões de sua convicção, demonstrando, ainda que ela é bastante ou não para procedência do pedido”(Ob. cit., p. 261). Ao longo de seu texto, demonstra a necessidade de explicitação do raciocínio judicial como forma de garantia do controle do poder jurisdicional, mas não como recurso epistemológico de formulação do juízo ou recurso pragmático de construção legítima da decisão, tanto assim que afirma: “Quando se pensa, por exemplo, na credibilidade de uma 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 do raciocínio justificativo, não há mais o que escolher, pois apenas é necessário justificar, através de argumentos, os raciocínios que antes foram feitos” (Ob. cit., p. 272). Os autores, dessa maneira, vêem na motivação como justificativa de enunciados, mas como explicitação de raciocínios situada fora do paradigma ora apresentado já que vinculada necessariamente ao convencimento do juiz e todas as implicações que essa consideração do subjetivismo traz. Tratam de enunciados que descrevem as influências que se traduzem na construção “o juiz crê em *p*”, não na fórmula “o juiz tem razões suficientes para aceitar que *p*.”

§19. Críticas importantes. O modelo epistemológico em destaque, apesar de suas virtudes no reposicionamento das questões empíricas em relação ao direito e à prática processual, não garantiu uma dogmática jurídica livre de importantes indagações quanto aos seus fundamentos.

Parece bastante claro que essa abordagem cria novas condições de avaliação da prova ao aprimorar o esquema inferencial que utiliza, com o objetivo de torná-lo mais adequado às hipóteses cognitivas sustentadas no processo e as diferentes formas de comprovação que estão ao seu dispor. Ao invés de postular premissas fortes quanto ao seu conteúdo revelador da verdade, possibilita que se trabalhe com níveis graduais de constatação que ampliam as possibilidades de confirmação do juízo de fato, flexibilizando os passos lógicos tomados através de um modelo de probabilidade indutiva. Ainda assim, sua utilização tende a subestimar um dos elos da cadeia de raciocínios empreendida na busca pelo juízo probatório identificado na elaboração das regras gerais utilizadas para legitimá-lo. Essas regras gerais são chamadas no jargão processual de máximas de experiência e identificam o fundamento atribuído à inferência confirmadora do juízo de fato.

Bem observado, todas as inferências desse modelo tem, na experiência prévia, ponto fundamental na estrutura de validação do raciocínio. Por meio da experiência, tornam-se possíveis as generalizações que permitem confirmar as hipóteses suscitadas de modo específico em cada caso. Se se sustenta, por exemplo, a responsabilidade de um motorista por um acidente automobilístico pela constatação de que conduzia o carro que atingiu a parte traseira do outro automóvel envolvido no acidente, será necessário sustentar, também, que, normalmente, os condutores que dirigem seus automóveis em condições semelhantes são os prováveis causadores do acidente. A generalização constitui, assim, um elemento de confrontação do caso específico com a experiência adquirida pela observação prévia do mundo da vida e servirá, obrigatoriamente, de base para todas as inferências postuladas no raciocínio probatório. Sempre há o recurso àquilo que é observado na normalidade dos casos identificados em situações semelhantes.

O único fundamento que se postula para as generalizações e para a formulação de hipóteses específicas nesses tipos de raciocínio é a intuição de que tal experiência é suficiente para se aproximar da verdade, provendo acesso a evidências capazes de subsidiar o juízo sobre fatos. A linguagem seria um reflexo adequado, livre de ambiguidades, do

mundo real.¹⁵² Dessa maneira, seria capaz de viabilizar uma interpretação fiel da realidade e proporcionar, dentro de seus limites, formulações cognitivas plenamente justificadas.

Assim, a prova continua sendo uma espécie de demonstração sustentada na observação empírica, que busca, nos recursos tecnológicos, um considerável aumento de sua capacidade, ajudando a desvendar cada vez mais detalhes do fenômeno observado, por meio de dados mais detalhados que compõem as narrativas elaboradas sobre cada fato. Eis o motivo pelo qual a prova científica assume importância capital também nessa formulação, ao ponto de ser exigida como parte fundamental da justificação de casos que estejam ao alcance de testes dessa natureza.¹⁵³ Apesar de grandes avanços na observação empírica que os resultados que esses tipos de consideração aportaram às decisões jurídicas, essa fórmula é, por vezes, denunciada como patologia na literatura jurídica, designado curiosamente como “efeito CSI”.

Trata-se de uma alusão a um seriado da televisão estadunidense em que os crimes são resolvidos com a ajuda de métodos científicos que possibilitam descobertas de detalhes sobre determinados eventos capazes de revelar a realidade e possibilitar a condenação ou a absolvição de questões levadas a juízo. Há diversos trabalhos que estudam esse efeito bastante seriamente na prática americana, que relacionam uma gama de repercussões em matéria probatória a partir dessa grande esperança depositada nas verificações amparadas na ciência. Destaca-se, nesse aspecto, o grande peso que ganham na prática forense daquele país as conclusões do perito perante juízes e júri, bem como as grandes expectativas depositadas na instrução criminal em relação a dados dessa natureza em detrimento de outras formas de comprovação. O raciocínio sobre a comprovação de fatos

¹⁵² Primeiramente pode-se afirmar que tal noção de evidência pressupõe uma linguagem ideal e universal capaz de proporcionar uma leitura concreta do mundo, capaz de representá-lo inequivocamente e compartilhada por todos os interlocutores. Essa linguagem teria seu conteúdo semântico previamente definido a qualquer uso humano, dissociado das práticas de significação que adquire em diferentes contextos, ignorando completamente a noção pragmática da linguagem. PERELMAN, Chaïm. Evidência e prova. In: *Retóricas*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

¹⁵³ Reconhecendo a influência da revolução tecnológica sobre o direito probatório como ponto central de orientação dos ordenamentos probatórios, o professor Carlos Alberto de Salles entende haver uma revolução paradigmática na concepção da prova judiciária com ampla influência sobre os institutos do direito processual. Atento às necessidades de racionalidade nos procedimentos do Estado Moderno, Salles indica a ciência como elemento de consubstanciação dessa pretensão a tomar espaço importante nas decisões práticas tomadas no contexto social. Assim pretende resolver o problema da fundamentação do juízo de fato, deslocando-a da subjetividade da pessoa do magistrado para a forma de conhecimento que considera mais respaldada, ressaltando amplamente suas limitações e o papel central do juiz na formulação desse juízo. Cf. SALLES, Carlos Alberto de. Transição paradigmática na prova processual civil. ASSIS, Araken et. al. (coord.) *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 911-921.

passa a requerer, necessariamente, tipos privilegiados de observação a embasar todas as narrativas construídas no processo, mesmo diante desse novo esquema de confirmação.¹⁵⁴

O conjunto de experimentos e experiências oferecido pela ciência vai, aos poucos, tomando o papel de confirmação necessária, ou, pelo menos, preferencial, de qualquer enunciado de fato que se proponha também no âmbito do processo. O conhecimento científico desempenharia o papel de consolidação de experiências autorizadas, na medida que garantiriam a racionalidade da passagem da hipótese à conclusão através de generalizações experimentais obtidas por métodos estabelecidos. Tais expedientes materializariam com conteúdos semelhantes à generalização capaz de sustentar, empiricamente, a afirmação de determinada hipótese.

Da mesma forma que se pode afirmar, com base na experiência, que quem colide com automóvel que vai a frente é geralmente o culpado, o conhecimento científico desempenha o mesmo papel em juízos de fato que pretende confirmar. Diante da hipótese de que determinado cidadão é o pai biológico de certa criança e, por isso, deve ser responsabilizado por contribuir materialmente para sua criação, por exemplo, a ciência provê generalizações a partir de experimentos que isolam determinadas variáveis de modo a reduzir as chances até um nível insignificante de ocorrências de erros observáveis na afirmação da relação de parentesco biológico. Assim, através do experimento científico, é possível alcançar toda a experiência aglutinada em torno desse tipo de verificação e, portanto, assumir que a confirmação criteriosa desses elementos não deixa margens consideráveis de dúvidas sobre suas conclusões.

De uma forma ou de outra, é a observação empírica catalogada consubstanciada em enunciados linguísticos que constitui o fundamento último de todo conhecimento. A força de cada enunciado depende do grau de acuidade da observação e de sua efetividade na análise de suas repercussões na experiência, sendo a diferença fundamental a qualidade da observação que sustenta as assertivas; mas o fundamento é sempre obtido através da observação efetivada em si, considerando-a capaz de revelar, ao espírito do observador, a verdade sobre os fatos, compreendendo-os na medida que os racionaliza pela linguagem. Tanto assim que a justificação possível a esse tipo de enunciados se restringe, como apresentado acima, aos limites da observação e à confirmação, pela coerência, com outras narrativas consideradas válidas.

¹⁵⁴ Tabela que aglutina as diversas implicações processuais do efeito CSI. Cf. COLE, Simon A.; DIOSOVILLA, Rachel. Investigating the “CSI effect”: media and litigation crisis in criminal law. *Stanford Law Review*, vol. 61, 2008-2009, p. 1345.

Essa forma de considerar o giro linguístico, por tudo isso, também tem o objetivo de demonstrar a realidade, ainda que numa versão menos pretensiosa que as outras formas de realismo apresentadas. Não obstante todas as medidas que cercam essa releitura do conhecimento, os termos de sua observação empírica tampouco terão a aptidão para proporcionar regras gerais que sejam capazes de confirmar o conhecimento da realidade. A observação do mundo exterior baseada na intuição de acesso direto a ele (ou mediado por uma linguagem ideal capaz de reproduzi-lo fielmente) continua esbarrar nas dificuldades de vincular o discurso proposto ao mundo em si, identificado no conceito teleológico de verdade por correspondência.

Como nas concepções clássicas de racionalismo e empirismo, a prova é uma operação que tem por objetivo conduzir todas as mentes normalmente voltadas ao reconhecimento da verdade de determinada proposição ou a sua crença conforme determinado fato. Em conceitos dessa natureza, a prova supõe a existência de elementos objetivos que obriguem, a todos, o reconhecimento da verdade dos fatos. A busca por uma prova universalmente válida somente admitiria as proposições que tivessem esse tipo de fundamentação. Ainda que a formulação linguística suavize esse tipo de construção, continua a não atribuir confiabilidade às ilações não compatíveis com o esquema da evidência, destituindo de racionalidade outras propostas de identificação da realidade.¹⁵⁵

A universalização dessa concepção de racionalidade atingiu todas as áreas do conhecimento, uniformizando-os conforme seu modelo cognitivo e limitando o potencial das ciências humanas, da racionalidade da ação, da moral, da política e, também, do direito, seja quanto a seu âmbito normativo quanto às questões empíricas envolvidas em sua aplicação. A comprovação judicial dos fatos nada mais seria do que uma extensão de um modelo geral de investigação epistêmica, não sendo, de maneira nenhuma, estranha sua comparação com critérios aproximativos de probabilidade inspirados na matemática. A compreensão da verdade seria tanto melhor quanto mais fosse capaz de investigar as propriedades de determinada evidência que serviria como fiador das inferências a serem desenvolvidas a partir dela.

Ocorre que a fundamentação em evidências que imponham verdades às mentes que sobre elas se debrucem, tem consequências difíceis de serem aceitas em qualquer cenário cognitivo. Isso, principalmente, porque há uma suposição de que as narrativas proporcionadas pela observação levam sempre a uma aproximação da realidade mais forte

¹⁵⁵ PERELMAN, Chaim. Da prova em filosofia. In: *Retóricas*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 261-273.

do que outras formas de comprovação. Essa é uma intuição poderosa na modernidade para a qual habitualmente se reserva pouca desconfiança. Nem por isso se pode afirmar que essa fórmula descritiva da realidade a partir da observação deve ser um modelo geral de identificação dos fatos.

Isso não é de todo estranho considerando as diversas dissensões teóricas existentes em relação a conhecimentos científicos igualmente amparados em observações que podem ser interpretadas de diferentes formas. Também assim no caso de divergências entre ramos científicos distintos, considerando a ênfase que dão a determinados objetos ou o valor que as observações empíricas assumem em cada um dos diferentes conhecimentos postulados.¹⁵⁶ Dessa maneira, a ciência deve também suspeitar dos próprios métodos antes de se proclamar a última instância do conhecimento.

Especialmente no âmbito da ação, em que são exigidos posicionamentos entre versões díspares sobre determinado curso de eventos, há vezes em que, por mais amparados em observações com status de ciência e em narrativas amplamente coerentes com preceitos experimentados e aprovados, outro tipo de comprovação emerge como primordial para subsidiar as decisões exigidas. Situado no âmbito da ação, o direito é recorrente na formulação de outros critérios de comprovação, que, em alguns casos, sobressaem-se a juízos fundados em observações empíricas e justificações coerentes conforme se pretende na formulação acima proposta. Fala-se de um modelo que se afasta dessa concepção tradicional da prova, com repercussão bastante interessante para a concepção das decisões sociais, embora não seja um modelo cognitivo que se restrinja a ela.

No âmbito jurídico, um exemplo importante de argumentos como esse pode ser verificado no julgamento do Recurso Especial n. 184.156/SP do Superior Tribunal de Justiça. Esse caso trata do atropelamento de um pedestre numa via urbana, pelo qual o motorista foi acusado de homicídio culposo. A controvérsia da demanda foi estabelecida em torno da conduta do motorista na direção, em especial quanto a velocidade com a qual conduzia o automóvel.

A tese afirmada pelo tribunal de origem avaliou o conjunto probatório conforme o modelo da evidência ora exposto. No conjunto probatório validamente construído, foram apresentados diversos elementos de prova divergentes, dentre as quais, destacavam-se provas testemunhais e periciais. As primeiras eram uníssonas em afirmar que o veículo

¹⁵⁶ A distinção entre ciências é reconhecida por Taruffo como um dos problemas correntes a respeito da identificação da investigação integralmente com esse pressuposto. Cf. TARUFFO, Michele. Conocimiento científico y estandares de prueba judicial. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Distrito Federal de México: Universidad Autónoma de México, ano/vol. XXXVIII, n. 114, 2005, p. 1297-1298.

envolvido no acidente trafegava em velocidade incompatível para o local. De outro lado, as provas técnicas, produzidas com o auxílio de institutos autorizados, indicavam a partir de posicionamentos científicos que, considerando a análise de elementos como o ponto e a maneira como aconteceu a colisão, a posição do corpo, as fraturas nele encontradas, seria possível afirmar que o acusado não estaria em velocidade incompatível com a via ou, pelo menos, colocaria em dúvida a correção da sensibilidade das testemunhas, contribuindo para a conclusão contrária àquela apresentada pelas testemunhas.

O tribunal de cassação envolvido, numa análise minuciosa dos argumentos técnicos, evocando a autoridade dos conhecimentos científicos, acolheu essa argumentação e, por maioria, revogou a condenação que havia sido imposta ao réu por insuficiência de elementos de prova que corroboravam a hipótese acusatória. Com base em evidências analisadas e no conhecimento científico validamente construído, foi elaborada uma narrativa capaz de explicar, de maneira coerente, os eventos que se sucederam na ocasião do atropelamento. Segundo argumentação desse acórdão, as testemunhas arroladas no processo não teriam condições de aferir a velocidade do automóvel causador do acidente, considerando que estavam muito próximas ao ocorrido, fator que contribuiria para aumentar a sensação de velocidade do automóvel envolvido. Com isso, deram maior credibilidade aos dados empíricos aferidos da cena do suposto crime para formular o juízo de fato que embasa a decisão.

No entanto, conhecendo do Recurso Especial por considerar caso de irracionalidade na valoração elementos de prova, sobre o qual não incidiria a proibição da sua Súmula 07, o STJ se manifestou sobre o juízo de fato, modificando integralmente a decisão do acórdão proferido pelo tribunal de cassação.

Partindo do pressuposto central de que é a justificação do juízo de fato que o legitima para decidir uma causa, o Ministro relator do acórdão, aderindo ao voto divergente proferido ainda no tribunal de origem quando do julgamento da apelação, argumentou não ser possível desconsiderar o valor dos testemunhos daqueles que estavam presentes na ocasião. Após pôr em dúvida o valor das análises científicas produzidas naquele caso específico, a decisão se utilizou do seguinte raciocínio para argumentar em favor da condenação do recorrido:

“Para atestar que um veículo desenvolve ‘alta velocidade’, não é necessário integre a testemunha os quadros do Instituto de Criminalística, bastando que o faça arrimada na observação do que ordinariamente acontece. É uma questão de senso comum! (...) [*Contrario sensu*] Por mais

que meus olhos vejam, por mais que todos os meus mecanismos sensoriais, intuitivos e racionais de percepção e compreensão das coisas processem adequadamente o fenômeno, e por mais que o bom senso confirme que a velocidade é ‘alta, elevada, excessiva’, sentir-me-ei inibido, incapacitado para formular qualquer juízo estimativo diante da possibilidade de vir a ser desmoralizado por um qualquer feiticeiro destes tempos saturados de ciência e tecnologia, que, habilmente lançados os seus ‘búzios físico-matemáticos’, não trará dificuldade em demonstrar que sou cego ou sou idiota, se mais verdade não for que sou cego e também idiota” (sic).¹⁵⁷

As razões utilizadas para fazer uma avaliação da racionalidade utilizada na compreensão da prova são bastante incisivas em não atribuir o fundamento da cognição a uma evidência detalhadamente observada que impõe decisivamente sobre outras espécies de raciocínios possíveis em relação ao juízo de fato. O argumento central, como se depreende do excerto, é que não se pode virar as costas a modelos de conhecimento pautados na adesão de mentes em torno de uma determinada conclusão. Ao invés de atribuir à evidência a condição de modelo decisivo de comprovação, que carece de fundamentação definitiva quanto a revelação da verdade dos fatos, a decisão trabalha com outros critérios de racionalidade para viabilizar a decisão, que podem ser tão poderosos quanto aqueles apresentados pelo método da evidência.

Não se trata de criar novamente castas de provas a se sobreporem umas às outras, em favor do testemunho e em detrimento da observação empírica, hierarquizando o valor de cada um dos meios de prova. De modo algum se está afirmando que o testemunho se sobrepõe às demonstrações com bases em evidências empíricas, mas se está sugerindo que o poder da demonstração não é maior do que o poder do consenso sobre a observação. Não é o controle exercido pela observação científica e desenvolvido por meio da coerência narrativa a formula última de verificação do conhecimento. Trata-se de mero modelo de conhecimento que opta pela utilização de métodos específicos e não livres de críticas para determinar, de modo legítimo, o sentido dos fatos.

A observação do fato psicológico, como as discussões sobre intenção na prática de determinada conduta, por vezes importante para o direito nos casos de estipulação da responsabilidade e sua extensão, também proporciona uma perspectiva mais clara sobre os questionamentos feitos ao paradigma da evidência em relação ao juízo de fato.

¹⁵⁷ Citação do voto do citando Des. Correa Moraes do voto divergente do TJSP obtido no voto do rel. Min Felix Fischer (STJ, REsp 184156/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/1998, DJ 09/11/1998 p. 161).

Diversas abordagens que consideram o fato psicológico como mero juízo de valor que se faz sobre a descrição de um fato: “*é nos antecedentes de fato de onde hão de consignar-se todas as circunstâncias fácticas como suporte de qualificação jurídica, para deixar aqueles juízos de valor, inapreensíveis pelos sentidos, à via dedutiva que, racionalmente, há de estar imersa nos fundamentos de direito.*”¹⁵⁸ A identificação dos fatores intencionais não seria embasada num juízo de verificação, mas numa interpretação do fato pelo juiz que seria livre para perceber tal intencionalidade a partir de elementos externos apresentados pelos fatos. A partir daí, inicia-se uma discussão sobre tal entendimento menosprezar, ou não, a existência de uma dimensão psicológica da conduta humana ou a possibilidade de se voltar ao reconhecimento racional da presença desses elementos mediante a análise de dados objetivos.

Esse debate quanto a possibilidade de obtenção de evidências é bastante questionável, uma vez que se trata de observação cujas interpretações e abordagens jamais encontrarão sustentação em evidências irrefutáveis. Os dados observáveis se afiguram bastantes insuficientes para sustentar conclusões quanto a intenção do agente, considerando a multiplicidade de significados que deles podem ser retirados sem possibilidades de confirmação. Dar a esse tipo de raciocínio um conteúdo lógico baseado nos dados objetivos levantados pelo processo parece conter, em si, certo grau de arbitrariedade e de falta de compreensão do processo cognitivo de situações desse tipo.¹⁵⁹

Enquanto a inferência dos significados a partir das evidências é considerada bastante difícil, inviabilizando observações puras e discursos a partir das inferências possíveis, surge como alternativa, também aqui, outro método cognitivo, baseado em paradigma diverso e que funciona com base numa concepção de conhecimento de buscar sua legitimação, não nos elementos que os dados objetivos oferecem à consideração do investigador, mas no consenso que pode ser obtido a partir da consideração desses objetos.

Não são apenas esporádicas as situações que acabam sendo envolvidas nesse tipo de raciocínio. Em princípio, toda a reflexão referente à ação deve levar em conta seu

¹⁵⁸ “[...] es en los antecedentes de hecho en donde han de consignarse todas las circunstancias fácticas como soporte de la calificación jurídica, para dejar aquellos juicios de valor, inaprensibles por los sentidos, a la vía deductiva que razonablemente, ha de estar inmersa en los fundamentos del derecho”. Trecho citado por Ibáñez referente a posicionamento jurisprudencial dos tribunais espanhóis, cf. IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n. 12, 1992, p. 267.

¹⁵⁹ Ibáñez se revela alinhado com pressupostos da abordagem semântica ao defender o discurso a partir de evidências (Idem, 270-271). Em crítica a posição desse autor, cf. ATIENZA, Manuel. Sobre la argumentación em materia de hechos: comentario critico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez. *Jueces para la democracia*. Madrid: vol. 22, n. 2, 1994, item 3.3.

caráter presente, contextualizado, premente em relação ao problema a que se destina. Sendo o processo judicial uma espécie de discurso prático institucionalizado, é preciso levar em conta que será sempre um problema crônico a presença de dados informativos suficientes para construir posicionamento aceitável sobre os fatos de uma causa.

Com o argumento corrente dentre os juristas que o processo não tem como almejar uma verdade absoluta por causa de suas limitações temporais e jurídicas para levantamento e análise de todos os aspectos dos elementos de fato, aparece, no horizonte das decisões processuais, outros elementos de legitimação diversos daqueles baseados em evidências. Ao invés de aplicações irresponsáveis relacionadas ao ônus da prova, a aproximação de outros procedimentos racionais conferem ao processo alternativas de legitimidade as suas decisões. Esse talvez seja o tema central de toda a teoria jurídica da prova: encontrar um modelo de racionalidade que se adéque melhor às situações de fato que são submetidas a esse tipo de raciocínio.

É preciso reconhecer-se os argumentos sustentados nessa formulação ainda se baseiam no *quod plerumque accidit*, naquilo que geralmente acontece, uma ideia bastante útil para o julgamento que pode ter respaldo tanto na realidade dos fatos, quanto naquilo que se acredita como normal, principalmente quando se considera as inúmeras limitações processuais para debater a matéria.

É claro que seria um rematado cinismo se afirmar que o conhecimento científico é construído em bases vacilantes ou pouco confiáveis diante das tantas formas de estruturar a vida moderna que são originárias dessa forma de pensar. Lembrar a crítica à objetividade dos enunciados dessa natureza não tem o objetivo de desprezar o valor da experiência ou negar seus resultados práticos significativos. O perigo é afirmar que esse é o único modelo de conhecimento válido e que não há formas de racionalidade externas a esse paradigma, que a razão se limita a esse tipo de formulação, como se desenha em movimentos doutrinários e na prática forense. Parece que há ocasiões em que tal modelo é menos importante do que as noções intersubjetivamente aceitáveis que se constituem a respeito da leitura dos fatos na hora de decidir.

Esse pensamento é partilhado por uma série de estudiosos no direito e fora dele. Para ficar no âmbito das preocupações identificadas por esse trabalho, introduz-se a partir de Perelman, um raciocínio que ganha bastante importância de acordo com o cenário filosófico contemporâneo. Sua hipótese serve ao trabalho como uma introdução ao próximo tópico, que vislumbra outro caminho ainda não muito trilhado pelos juristas, mas que ostenta interessantes alternativas filosóficas para sua uma revisão completa de sua dogmática:

“Eis a minha hipótese: será que o impasse não resulta do fato de que se quis aplicar a todas as áreas de nosso pensamento uma concepção e uma técnica da prova que foram testadas no campo das ciências matemáticas e naturais? E, fazendo isso, não se terá considerado a prova científica, válida num campo bem específico do saber, como o único modelo que se teria de seguir em todos os casos de elaboração de um conhecimento válido? Se essa extrapolação não for fundamentada, se existirem áreas do saber em que as provas dedutivas e experimentais podem ser insuficientes e nos deixam desamparados ante os problemas que temos de resolver, deveremos renunciar a tratá-los racionalmente, ou deveremos, ao contrário, ampliar a palavra ‘prova’, de modo que englobe todos os procedimentos dialéticos, argumentativos, que nos possibilitam estabelecer a nossa convicção? Quando perguntamos a alguém que nos apresenta uma tese que não admitimos logo de saída: ‘Quais são suas provas?’, estamos prontos para aceitar outros argumentos além daqueles de que se ocupa a lógica tradicional, dedutiva ou indutiva. Consideraríamos como prova, nesse caso, todo o argumento que nos diminui a dúvida, que nos suprime hesitações. Essa ampliação da noção de prova nos permite estudar, ao lado da prova clássica, que poderíamos qualificar de lógica, as numerosas espécies de prova dialética ou retórica, que, via de regra, diferem da prova lógica porque dizem respeito a qualquer tese – e não somente à verdade das proposições ou a sua conformidade dos fatos – e porque não são coercivas nem necessárias. Essas provas são mais ou menos eficazes, ou seja, determinam uma adesão das mentes de intensidade variável, e poderíamos esperar estudar essa eficácia de um modo experimental, que leve em conta a diversidade das mentes, de sua formação, de seu condicionamento fisiológico ou social.”¹⁶⁰

Esse modelo, que pretende enfatizar, em última instância, o uso da linguagem, vale dizer, seu aspecto pragmático, e a construção intersubjetiva do conhecimento é objeto do próximo item, sendo possível vislumbrarem-se possíveis caminhos que, se não são comumente aceitos, agregam importante potencial ao juízo de fato. Nessa concepção, a argumentação toma uma dimensão que até então não havia tomado no raciocínio, enfatizando seu poder de legitimação, mesmo quando a intenção é tratar de matéria de fato para a concretização do direito.

2.4 A prova como argumento ante o giro linguístico-pragmático

§20. Brevíssimas considerações sobre a etapa pragmática do giro linguístico.

Como visto, a filosofia da linguagem implica em abandonar a ideia de conhecimento da verdade como uma apropriação psicológica do objeto pelo sujeito, substituindo-a pela identificação do conhecimento respaldado pela fundamentação de enunciados linguísticos.

¹⁶⁰ Perelman, Da prova, p. 266-267.

Além da estratégia linguístico-semântica de fundamentação do conhecimento apresentada acima, em que a linguagem deve ser apta a propor enunciados que representem adequadamente a realidade, há outro desenvolvimento dessa abordagem que permite vislumbrar alternativas epistemológicas bastante interessantes a serem investigadas: trata-se da abordagem linguístico-pragmática.

Se a primeira formulação linguística se pautou na perspectiva de enunciados dirigidos a representar de maneira coerente a realidade, a segunda utiliza uma concepção de conhecimento relacionada a possibilidade de consenso a ser conquistado pelos participantes de uma discussão mediada pela linguagem corrente. Ao invés de propor uma relação bivalente entre linguagem representadora e objeto representado, propõe uma relação trivalente entre linguagem (como expressão simbólica), realidade (estado de coisas sobre o qual se discorre) e participantes da discussão (comunidade de interpretação presente real ou ficticiamente como jurados da justificação). O mundo objetivo deixa de ser algo a ser representado pelo discurso, sendo somente o ponto de referência comum para os participantes da discussão. O conhecimento se volta a um processo de entendimento entre membros de uma comunidade de comunicação, o qual deve resultar num acordo sobre como interpretar os objetos sobre os quais se debruçam.

Nessa abordagem do conhecimento a pressuposição de um mundo objetivo não pode ser separada da realidade intersubjetivamente compartilhada pelos participantes na comunicação. O conhecimento não se produz na correspondência das orações com os fatos, pois não há uma linguagem natural, prévia e objetivamente constituída, capaz de descrever o mundo. Os enunciados linguísticos seriam proposições formuladas por cada participante no intuito de obter confirmações consensuais da comunidade interpretativa, controladas em sua forma por condições necessárias à validade da discussão e em seu conteúdo por justificações que comparem entre as teses apresentadas.

Essa organização do conhecimento seria necessária porque os indivíduos não têm nenhum acesso imediato às entidades do mundo que sejam independentes das práticas comuns e do contexto linguisticamente constituído. Não se pode afirmar nada como verdadeiro diante da impossibilidade verificar o mundo em si, sendo somente possível propor leituras da realidade pelo uso da linguagem, que sejam acomodadas dentre os discursos reconhecidos. Com isso, as práticas sociais de justificação passam a ser relevantes na identificação daquilo que é verdadeiro, tornando essencial um controle sobre sua validade, para não abandonar a racionalidade apenas ao gosto da plateia e criar rigor aos consensos formulados.

Nessa proposta de teoria do conhecimento, se coloca em xeque tanto a possibilidade de que experimentos revelem a verdade, quanto a de que é possível propor enunciados definitivos para sua descrição. Assume-se como ponto de partida a contextualização do conhecimento, o qual somente pode ser proposto validamente enquanto seu discurso for construído de maneira a preservar a independência e igualdade de seus participantes e não for infirmado em suas justificativas e pressupostos sobre os quais foram erigidos. Daí porque todas as formulações nesse sentido substituem a objetividade do entendimento pela validade processual e intersubjetiva da proposição, sendo necessário afastar suas construções da busca pela objetividade, mas centrá-la em requisitos que garantam o teste e a exclusão dos argumentos contrários via debate entre interessados, em direção a uma espécie de consenso (real ou ideal) a respeito do objeto da discussão.¹⁶¹

Talvez o maior impacto oriundo dessa abordagem em relação às construções modernas seja a perda da noção de objetividade do conhecimento, postulado sobre o qual foi erigida a maioria de suas instituições. A partir do otimismo quanto aos métodos disponíveis em levar ao conhecimento verdadeiro pela intuição de contato direto com o mundo, não haveria motivos para suspeitar de suas limitações, sendo desnecessários cuidados quanto a validade das investigações. Essa visão do conhecimento, ao contrário, entende perceber seu mecanismo essencial no discurso a ser testado intersubjetivamente.

Essa formulação é herdeira de uma antiga tradição filosófica que tem encontrado diversos desenvolvimentos válidos na história, tanto na teoria do conhecimento quanto na filosofia prática e também no direito, como matriz lógica a partir da qual devem ser estruturados seus institutos.

§21. Diferentes desenvolvimentos dessa perspectiva. Se não mais importa essencialmente a correspondência entre conhecimento e verdade, mas, sim, a validade dos discursos ao final dos quais se chegue a um resultado legítimo, as atenções das estratégias cognitivas da pragmática linguística se voltam mais à estrutura procedimental do discurso. Essa orientação geral guarda algum paralelo com antigas discussões da lógica clássica em relação a esse tipo de construção do conhecimento, destinado a alcançar acordos sobre determinados assuntos que não estariam ao alcance do raciocínio aplicado à ciência, garantindo o desenvolvimento de raciocínios pela via procedimental. Assumir esses

¹⁶¹ Sobre o giro linguístico-pragmático, a principal fonte desse trabalho foi o estudo de Habermas sobre a filosofia especulativa (não-prática, voltada às condições de conhecimento), o qual tenta defender também nessa seara os mesmos pressupostos assumidos quando do desenvolvimento de sua teoria social. Cf. HABERMAS, Jürgen. Verdad y justificación. Trad. Pere Fabra y Luis Díez. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 9-62.

pressupostos significaria postular desenvolvimentos à teoria do conhecimento que não seriam compatíveis com a tradição realista e nem com os desenvolvimentos de teorias semânticas.

Interessa a esse trabalho verificar como esse pressuposto tem sido desenvolvido no direito, em especial na consideração da prova. Um dos primeiros estudos modernos dessa abordagem para os juízos normativos e fáticos no direito pode ser verificado no trabalho de Chaim Perelman, elaborado apenas em termos teóricos. O autor belga cuidou de desenvolver a estrutura do discurso como condição de validade do conhecimento numa série de considerações que denominou “*nova retórica*”.¹⁶²

Essa forma de concepção do conhecimento se pauta na distinção aristotélica entre conhecimento apodítico e conhecimento dialético. O primeiro necessitaria de premissa certa e indiscutível para alcançar suas conclusões, precisando de princípios verdadeiros ou deduções a partir desses para funcionar. Seu silogismo básico funciona a partir da fórmula: “*se todos os A são B e todos os B são C, logo todos os A são C*”, não havendo espaço para comparações parciais entre os termos envolvidos. Nesse raciocínio, a verdade das premissas é uma propriedade das proposições, um dado independente da opinião dos homens, demonstrativo e impessoal. A verdade de suas conclusões é deduzida daquelas premissas que valem *erga omnes*. É sobre esse tipo de raciocínio que as perspectivas anteriores erigem suas considerações, retirando da observação criteriosa a validade de suas premissas.

Todavia, o silogismo apodítico encontra dificuldades para sua aplicação prática, pois somente nem sempre é possível identificar premissas construídas de modo definitivo, nem tampouco a relação entre elas se dá em termos de tudo ou nada. O silogismo apodítico seria adequado para a compreensão de ciências formais (matemática e geometria), suscetíveis à sua lógica, nos quais essas relações poderiam ser identificadas. Mas quando se trabalha fora das ciências formais, quando em particular se opera no campo da filosofia prática (decisões referentes a ação humana), não se dispendo de premissas inquestionáveis, deve-se recorrer a outra forma de raciocínio designada por dialética.

O raciocínio dialético se distingue do apodítico, não pela sua estrutura, mas pela natureza das premissas, que têm característica opinativa, sustentada pelos interlocutores. Recorre-se a essa espécie de silogismo quando se opera no campo do desconhecido, quando não se dispõe de premissas inquestionáveis como ponto de partida. Nessas situações é que se busca fundar as premissas no acordo com os interlocutores com quem se discute. Essa

¹⁶² PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado de argumentação jurídica: a nova retórica*. 2ª. Ed. São Paulo, Martins Fontes, 2008.

particular natureza das premissas do silogismo dialético reverbera naturalmente sobre a conclusão, que somente pode conduzir juízos de verossimilhança, que são naturalmente suscetíveis de gradação diversa.

Onde os pressupostos são problemáticos, o silogismo dialético tem um campo de aplicação muito mais amplo do que o outro. Resulta idôneo executar essa ideia de conhecimento fora das ciências formais, campo no qual constitui o modelo geral do conhecimento, pois haveria muito mais argumentos fundados em premissas incertas do que o contrário. Exatamente por não partir de conhecimentos pressupostos, mas de premissas postas na base do consenso e opiniões, o raciocínio dialético está sempre inserido num processo dialogal, comprometido com a busca da verdade, em que as partes cooperam nesse sentido.

A necessidade de cooperação limitaria em muitas ocasiões o uso da dialética como ferramenta útil para a resolução de conflitos, por exemplo. Daí porque a tradição aristotélica menciona paralelamente ao método dialético a ideia de retórica, com técnicas análogas a busca da conclusão exceto por pressupor a impossibilidade de cooperação entre as partes. Parte-se de uma opinião comum e não se distingue sob o plano da estrutura lógica.

Entretanto, enquanto a dialética é atividade colaborativa e não individualista em que se persegue o consenso dos interlocutores, a retórica prescinde desses fatores para operar. Pressupõe a existência de um terceiro sujeito do qual se tentará conquistar a adesão. Na retórica a contraposição tese-antítese se enquadra no discurso de tipo competitivo, que aponta a desconfiança do interlocutor a o objetivo do consenso com um terceiro.

Ambos os raciocínios, dialético e retórico, se articulam em três diferentes estágios, formando uma espécie de silogismo próprio. Primeiramente seriam verificadas hipóteses afirmadas e aquelas com as quais rivalizam; em seguida seriam identificados os problemas às duas hipóteses contrapostas, identificando as consequências que delas derivam; por fim seria alcançada a conclusão do silogismo por meio da confutação de uma das hipóteses apresentadas, aquela a qual as consequências deduzidas não estão de acordo com aquilo que é comumente aceito e na sua eliminação. Utiliza-se como regra de confirmação geral o “*reductio ad absurdum*”, o qual testa a conclusão em relação a fórmulas comumente aceitas.¹⁶³

Diante dessas características, esses raciocínios não podem acarretar em conclusões definitivas, mas em argumentos de força variável relacionadas com a intensidade

¹⁶³ Sobre a revisão do pensamento de Aristóteles quanto a diferenciação dos tipos de conhecimento e o desenvolvimento do raciocínio dialético e da retórica, cf. Lombardo, ob. cit., cap. III.

dos questionamentos sobre as premissas. Se forem aceitos esses pressupostos, a generalização do método da pesquisa empírica é considerada deficiente por expor a provisoriedade de suas comprovações diante de premissas não definitivas. Nos âmbitos nos quais as premissas não puderem ser consideradas intocáveis, como ocorre amiúde no raciocínio jurídico e no processo judicial, seria mais adequado utilizar essa matriz de raciocínio.

Essa ideia foi desenvolvida por Perelman como central para as investigações jurídicas, tanto em relação ao sentido das normas quanto em relação a decisão sobre fatos. Foi nesse sentido que se apresentou as desconfiâncias acima sobre o raciocínio apodítico, passando a fazer alusões ao raciocínio dialético em relação a investigação dos fatos. Perelman buscava uma outra forma de compreender o raciocínio jurídico.¹⁶⁴

É certo que a dialética e a retórica foram quase extintas do raciocínio ocidental moderno diante da confiança depositada no conhecimento cientificista. O trabalho de Perelman de reabilitação dessa forma de pensar, mesmo sem distinguir entre dialética e retórica, era um sintoma dos estudos da linguagem que possibilitavam colocar em dificuldades as formulações tradicionais, especialmente no direito, pois suas circunstâncias de concretização sempre demandaram mais do que a subsunção fazia supor.

Perelman propõe uma retórica que cuida de estruturar discursos a serem apresentados ao que chama de auditório da razão, que consiste numa figura imaginária a qual sopesaria os argumentos passíveis de serem levantados para cada situação para que se possibilite uma decisão. Busca nesse auditório o consenso sobre a melhor alternativa de conclusão em relação a outros conhecimentos sedimentados. Ao propor esse mecanismo de raciocínio, pretende disciplinar todos os discursos destinados a convencer ou a persuadir sobre qualquer matéria, voltada suscitar a adesão de um auditório.¹⁶⁵

Tal adesão não vale igualmente para todos, como a verdade, mas tem uma intensidade variável, enquanto se dá em função de um auditório, individuado no tempo e no

¹⁶⁴ “Nossa posição processual é diametralmente oposta à tese cartesiana [que nesse particular pode ser estendida aos filósofos contemporâneos]. Enquanto a intuição evidente, único fundamento de todo o conhecimento, num Descartes ou num Locke, não tem a menor necessidade de prova e não é suscetível de demonstração alguma, qualificamos de conhecimento uma opinião posta à prova, que conseguiu resistir às críticas e às objeções e da qual se espera com confiança, mas sem uma certeza absoluta, que resistirá aos exames futuros. Não cremos na existência de um critério absoluto, que seja o fiador de sua própria infalibilidade; cremos, em contrapartida, em intuições e em convicções, às quais concedemos nossa confiança, até prova em contrário.” PERELMAN, Chaïm. Evidência e prova. In: *Retóricas*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 160.

¹⁶⁵ A respeito dessa racionalidade, cf. Perelman, *Tratado*, passim. A ideia de auditório universal é extremamente problemática, sendo difícil traçar em tão breves linhas um perfil adequado. Sobre as críticas que recebe, cf. Atienza, ob. cit., p. 80-82.

espaço, e nos valores aos quais adere. Tal raciocínio não pode postular serem enunciados corretos ou incorretos, mas atribuir intensidade às conclusões, em função do grau de adesão do auditório às premissas que constituem sua base e podem ser contestadas, cada qual se refere a valoração do auditório de modo a conferir suas bases. Assim, mediante seu emprego não pretende obter adesão racional generalizada, mas simplesmente persuadir, a conquistar o consenso de um auditório particular e assim proporcionar legitimidade à decisão mediante justificativas compartilhadas.

Nessa perspectiva que se tenta reabilitar a noção de prova como argumento, ao evocar a experiência medieval do processo para subsidiar um conhecimento baseado na retórica. Giuliani vê muitos predicados na utilização do raciocínio dialético-retórico na formulação da prova, principalmente ao reconhecer uma espécie de valorização do contraditório nessa abordagem, a qual tiraria do juiz do posto de inquisidor, vislumbrando que a decisão processual em matéria de fato deveria emergir da discussão legítima entre as partes, tal qual o modelo isonômico de investigação praticado outrora.¹⁶⁶

A prova, nesse contexto, é definida como argumento: em oposição ao método demonstrativo (raciocínio científico), a argumentação (referente ao domínio do contingente, da opinião, da verdade prática) não pode prescindir do momento da persuasão. A retórica seria uma análise das funções da razão prática no estabelecimento da verdade. A retórica gravita em torno de um setor da lógica: o conhecimento através de elementos não-técnicos, não definitivos, baseados em testemunhos, por exemplo.¹⁶⁷

Essa abordagem tal como desenvolvida por Perelman, entretanto, ao afirmar o auditório como única medida de julgamento acaba por abdicar de estruturar procedimentos que conduzam a validade de suas conclusões, fazendo com que seu controle fique a mercê de julgamentos arbitrários a ele submetido. Os critérios estipulados por Perelman para o procedimento de discussão se revelam insuficientes e reduzidos (limita-se a requerer igual consideração das teses opostas e a justiça do julgamento). A teoria que estipula acaba por negar a distinção entre validade e eficácia da construção retórica, reduzindo o primeiro conceito ao segundo. Se a questão referente a um fato fosse submetida a essa formulação, não haveria garantias que a discussão se processasse de forma adequada e ainda assim estaria submetida a decisão do auditório. Nesses termos, a decisão do argumento não tem

¹⁶⁶ GIULIANI, Alessandro. L'ordo judicarius medioevale. *Rivista di Diritto Processuali*. Milano: Giuffrè, ano XLIII, n. 03, lug-set, 1988, p. 604-608. Buscando uma perspectiva histórica sobre o assunto na doutrina brasileira, cf. CRESCI SOBRINHO, Elício de. Fundamentos histórico-retóricos da teoria geral da prova. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 63, julho-setembro/1991, p. 42-53.

¹⁶⁷ Giuliani, *Prova in generale*, p. 528.

fundamento controlável, mas acaba por corresponder essencialmente ao resultado do consentimento dado pelo auditório, *a posteriori*, confiando apenas na ética subjacente a discussão para alcançar conclusões válidas.¹⁶⁸

A se permitir esse tipo de construção, a capacidade de condicionar a decisão de um interlocutor disputando o sentido de sua decisão representa sempre uma modalidade de emprego da força, alheia a qualquer compromisso com a verdade. Assim, nessa busca pelo consenso do auditório, suprime-se a relação critérios importantes de validade que seriam condições para uma decisão válida. Não é porque se abdica de uma verdade definitiva que se pode compactuar com procedimentos falhos para sua verificação.

Com o aprofundamento da perspectiva da pragmática linguística, a elaboração de condições ideais de justificação se torna essencial para formular o conhecimento. A construção de Perelman, apesar de claramente criticável e insuficiente, não é absurda em seus pressupostos e ganha respaldo na filosofia contemporânea a partir de alguns ajustes na revisitação de seus pressupostos. Corrigindo a remissão às condições de justificação, há quem defenda verdades dissociadas da intuição realista, é dizer, dissociadas do ponto de partida de que o conhecimento reflete a realidade circundante aos sujeitos que a analisam, sendo restrito aos discursos produzidos intersubjetivamente.¹⁶⁹

§22. *Segue: Abordagem pragmática e verdade.* Mais recentemente e de acordo com os caminhos tomados pela pragmática linguística, as reflexões sobre o direito a partir dessa perspectiva encontraram soluções diversas da proposição de Perelman para o desenvolvimento da matéria. Essa perspectiva pode ensejar uma revisão completa do raciocínio jurídico, tanto relacionado com a compreensão do sentido da norma jurídica quanto a leitura dos fatos referente a prova.

Exemplo relacionado a premissa normativa desse raciocínio se verifica no estabelecimento de um procedimento racional de debate sobre o significado intersubjetivo

¹⁶⁸ Em relação ao raciocínio probatório, talvez essa crítica possa ser antecipada na seguinte passagem: “[...] à míngua de um critério absoluto e impessoal, fornecido pela evidência e pela prova fundamentada na evidência, podemos justificar nossas decisões na área de atuação e pensamento mediante argumentações que não são mecânicas nem coercivas, e que são garantidas, em última instância, pela solidariedade que seu emprego e sua avaliação estabelecem com a pessoa de quem as constrói e de quem lhes concede adesão: a responsabilidade do homem participante é, como sempre, o corolário de sua liberdade.” Perelman, *Evidências*, p. 165.

¹⁶⁹ Exemplo de concepção da teoria do conhecimento reduzida aos enunciados linguísticos pode ser percebido no pensamento de Rorty, que flerta com o relativismo em suas construções. Apesar de absolutamente nada se relacionar com a produção de Perelman, esse pensador talvez retome e radicalize a noção de conhecimento pautada na intersubjetividade, abandonando a correspondência com aquilo que é observado. Cf. RORTY, Richard. *Verdade e progresso*. Trad. Denise R. Sales. Rev. Marco Casanova. Barueri: Manole, 2005.

que a lei deve alcançar no contexto contemporâneo.¹⁷⁰ Entretanto, no plano da identificação dos fatos, foram poucos os desdobramentos dessa perspectiva em relação ao raciocínio jurídico. Não há motivos para que essa segunda abordagem seja negligenciada, considerando que esse paradigma autoriza sua elaboração.

Ao tratar da teoria do conhecimento, autores que desenvolvem o paradigma não se satisfazem com um posicionamento que abdique da intuição realista, na qual o processo cognitivo depende da verificação da realidade para ser desenvolvido. Assim, há construções que tentam misturar os procedimentos característicos de uma perspectiva linguístico-pragmática com a intuição de objetividade nos enunciados que são formulados sobre o mundo da vida. Isso seria possível porque, no discurso a respeito da realidade esta se impõe a qualquer formulação que venha ser feita intersubjetivamente.¹⁷¹

Apesar de não compartilhar os mesmos pressupostos, Luigi Lombardo oferece uma percepção sobre a prova jurídica algo compatível com esse movimento da filosofia contemporânea. Revisitando a retórica antiga, propõe os raciocínios dialéticos e retóricos nada mais seriam senão uma técnica para chegar a uma verdade contextual, coerente com as informações disponibilizadas no processo de discussão que a originou. Afirma que tais

¹⁷⁰ Alexy, ob. cit., passim.

¹⁷¹ Esse é o posicionamento de Habermas em seus escritos mais recentes sobre teoria do conhecimento, apresentado em comparação a posição de Rorty. Contrariamente a esse autor, o filósofo alemão não radicaliza a pragmática linguística para ignorar a intuição realista. Mantendo a separação tradicional entre razão pura e razão prática, afirmando que não se pode evitar ser realista em relação ao mundo da vida: “Dado que los sujetos que actúan tienen que haberselas bien con ‘el’ mundo, no pueden evitar ser realistas en el contexto de su mundo de la vida. Y, además, están autorizados para serlo, ya que sus juegos de lenguaje y sus prácticas, en tanto que funcionan como resistentes al desengaño, se ‘acreditan’ en el mismo acto de su ejecución. Esta instancia pragmática de cercioramiento – explicada en términos realistas con ayuda de la suposición de un mundo objetivo – está en suspenso en el plano reflexivo de los discursos; éstos están liberados de la acción y en ellos sólo cuentan los argumentos. Aquí la mirada se desvía, por decirlo así, del mundo objetivo – y de los desengaños que sufrimos al tratar con el – y se dirige exclusivamente a nuestras interpretaciones antagónicas sobre el mundo. En esta dimensión subjetiva de interpretaciones controvertidas una afirmación se ‘acredita’ solamente por medio de razones, es decir, en la instancia de las refutaciones posibles y no en la de los desengaños experimentados en la práctica. Aquí, la conciencia falibilista de que podemos equivocarnos incluso en los casos de creencias bien fundamentadas depende, por supuesto, de una orientación a la verdad que hunde sus raíces en aquel realismo de la práctica cotidiana (un realismo que dentro del discurso queda en suspenso). La orientación a la verdad incondicional que obliga a los participantes en la argumentación a suponer condiciones ideales de justificación y los lleva a un descentramiento progresivo de su comunidad de justificación es un reflejo de aquella otra diferencia, indispensable en el mundo de la vida entre creer y saber. Una diferencia que se apoya en la suposición, enraizada en el uso comunicativo del lenguaje, de un mundo objetivo único. *De esta forma el mundo de la vida, con sus fuertes conceptos de verdad y de saber (conceptos ligados a la acción), se adentra en el discurso y ofrece aquel punto de referencia que trasciende la justificación y que mantiene despierta entre los participantes en la argumentación la conciencia de la falibilidad de nuestras interpretaciones.* En contrapartida, esta conciencia falibilista repercute también en la práctica, sin destruir por ello el dogmatismo del mundo de la vida. Pues los actores que, como participantes en la argumentación, han hecho la experiencia de que ninguna convicción esta segura ante la crítica, desarrollan también en el mundo de la vida una actitud más bien no-dogmática frente aquellas de SUS convicciones que han devenido problemáticas.”[grifos apostos] HABERMAS, Jürgen. Verdad y justificación: el giro pragmático de Rorty. In: *Verdad y justificación*. Trad. Pere Fabra y Luis Díez. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 251-252.

técnicas jamais tiveram por objetivo persuadir a qualquer custo, mesmo com falsos argumentos, mas teria como objetivo uma aceitabilidade legítima equivalente ao que se afirma como verdadeiro.

Afastando uma dicotomia entre raciocínios apodícticos e dialéticos, o autor propõe que apesar de representarem campos do pensamento distintos, acabam sendo utilizados de modo complementar. A separação traçada entre lógica e dialética resulta desmentida no plano da experiência, considerando que o exame das argumentações formuladas concretamente. A ideia seria utilizar elementos dialéticos e retóricos para subsidiar os argumentos a serem empregados no processo para atingir conclusões sobre fatos.

Prega-se a utilização desse método considerando que é exatamente isso que ocorre no uso dos argumentos normalmente. Sempre há uma mescla entre suas diversas formas, não havendo motivos para tratá-los isoladamente. Propõe que as premissas de uma investigação judicial, por exemplo, fossem firmadas conforme técnicas do raciocínio dialético, mas que o silogismo operasse de maneira lógica, colocando em prática raciocínios obrigatórios também no campo do opinável.¹⁷²

Esse modelo autorizaria a construção do conhecimento calcado em premissas opináveis, as quais não podem ser integralmente comprovadas, mas sobre as quais é possível convir ou forçar o reconhecimento por meio de ligações lógicas não refutadas. A partir do estabelecimento dessas premissas intersubjetivamente, seria necessário operar a confutação das hipóteses apresentadas sobre elas, de modo a verificar qual delas seria gradualmente mais viável. Tal confutação deve se utilizar das regras lógicas para viabilizar a exclusão das alternativas, utilizando o auditório que sintetizará a conclusão dos argumentos a partir do debate racional.

Assim, ao contrário do modelo cientificista em que se confia num método objetivo e neutro para que o sujeito alcance conclusões verdadeiras, essa formulação contrapõe teses segundo um procedimento para sua apresentação, que inclua condições de validade para o discurso, no intuito de verificar em face de um auditório qual a que tem mais razão em ser defendida. O conhecimento se daria pela justificação da escolha apresentada, a qual será tanto mais sólida quanto a amplitude do debate. Trata-se de defender que a verificação dos fatos não está restrita a lógica científica, mas depende precisamente da comparação de alternativas decorrentes de premissas não definitivas.

¹⁷² Lombardo, ob. cit., p. 135 e seguintes.

Pretende-se alcançar não uma espécie de objetividade, mas pautar na intersubjetividade a validade desses argumentos. É no encontro de subjetividades, no encontro de diferentes perspectivas sobre o mesmo objeto que se poderá discutir sobre qual delas pode ser considerada a mais adequada. A força da conclusão é derivada das justificativas apresentadas para cada tese e tem valor apenas quando se mostra de acordo com as regras da lógica.

Nessa justificação é imprescindível o apelo a fatores comuns, com os quais os participantes concordam entre si, possibilitando que sejam levados em conta os dados oferecidos pela observação empírica e a verificação a congruência dos argumentos que as interpretam. Mesmo reconhecendo que as premissas do raciocínio não são percepções opinativas da realidade e que são instáveis por definição, a dialética assume um papel importante na verificação dos fatos, não se preocupando mais somente com a comunicação da verdade, mas resguardando a legitimidade de suas conclusões.¹⁷³

O que conta no âmbito de uma teoria do juízo de fato formulada a partir dessa perspectiva, não é dizer que persuasão e verdade possam divergir, mas serem reunidas de modo a elaborar a construção de um modelo de aceitabilidade racional, no qual o efeito da conquista do consenso seja racionalmente controlável, mediante a explicitação das premissas de argumentação e justificação das opções feitas. Indica a possibilidade de utilização de premissas opinativas necessariamente presentes nesse tipo de raciocínio e ao mesmo tempo viabiliza a coerência da conclusão à luz das regras da lógica. Nesse sentido que a construção de Lombardo se aproxima da perspectiva contemporânea da pragmática linguística: não se pautam apenas no consenso que emergiria do diálogo de percepções contrapostas para apresentar enunciados sobre a realidade, mas trabalhariam sempre de modo a superar a impossibilidade de acesso imediato a realidade por meio de discursos intersubjetivos.

Nessa concepção, há uma recolocação do consenso em relação a proposta anteriormente apresentada. A verdade é equivalente a aceitabilidade racional, construída pelos participantes de um debate, buscando ser construída no interior do qual ela é pesquisada. Mas esse raciocínio é embasado em enunciados cujo conteúdo não são expressões subjetivas, já que são limitadas pela linguagem corrente e também pela realidade compartilhada. Diferentemente dos discursos puramente práticos, em que os enunciados são formulados exclusivamente mediante releituras sobre práticas sociais, a busca por juízos de

¹⁷³ Ibid., p. 145-148

fato seriam pautadas numa linguagem condicionada pelo estado de coisas. Daí não ser possível o abandono da intuição realista.

Sem abandonar os pressupostos da pragmática linguística, se pretende criar uma espécie de modelo epistemológico baseado num processo de decisão que pretende partir de premissas consensuais para debater e sintetizar a melhor dentre as alternativas que se mantenham viáveis.

§23. *Impactos desse paradigma na investigação processual.* Essa perspectiva teria amplo impacto no raciocínio empregado pelo processo judicial em matéria de prova, considerando sua capacidade de articular os argumentos utilizados pelos envolvidos para sustentar suas teses. Seguindo a análise empreendida em relação às perspectivas anteriores, o interesse primordial é abordar o papel das máximas de experiência nesse contexto de modo a verificar quais fundamentos são postulados para alcançar decisões em matéria de fato. Trata-se de elemento determinante da valoração da prova que precisa ser exposto para verificar em que termos se propõe a busca pela verdade nessa abordagem.

As máximas de experiência designam critérios gerais da inferência probatória, formulados em termos de juízos hipotéticos de conteúdo geral sobre os fatos da causa. São formulações obtidas a partir da experiência, mas autônomas em relação aos casos singulares nos quais a observação é identificada. A principal diferença em relação às formulações anteriores é que nessa abordagem o conceito exclui a possibilidade serem identificadas por mera observação empírica do juiz.

Consideradas generalizações fundadas a respeito dos fatos, as máximas de experiência são erigidas sobre eventos precedentes que vem sendo assimilados entre eles com base em informações pressupostas pelos interlocutores, no caso do processo judicial, entre juiz e partes, testadas segundo o conhecimento compartilhado. Assim, tal conceito apresenta características correspondentes a formulação dialético-retórica, já que são fruto de juízos de valor consolidadas na cultura comum da sociedade. Tem sempre natureza provisória por ser objeto de acordo entre interlocutores do processo judicial.¹⁷⁴

Isso não significa por qualquer meio que se trata de conceito arbitrário. Ao colocar as máximas de experiência dentre as premissas do raciocínio, é levado a selecioná-las segundo o patrimônio comum da sociedade, justificando sua eleição. Surgem, assim, como critério externo a subjetividade judicial. Podem não ser objetivos, mas devem ser

¹⁷⁴ Ibid., p. 153.

controláveis intersubjetivamente, por meio da justificação atenta e conforme os discursos vigentes.

Assim formuladas, as máximas de experiência servem como premissas maiores do raciocínio sob essa perspectiva. No interior dessa estrutura, busca-se o equilíbrio ao se erigir premissas aceitáveis, permitindo o controle seu controle por meio da justificação, e, ao mesmo tempo atribuindo à lógica a possibilidade de relacionar as premissas para alcançar sua racionalidade. O processo, assim, permitiria o silogismo dialético com grande vantagem para sua legitimação do que as meras constatações experimentais.

Além dessa abordagem da máxima de experiência, essa perspectiva teria de desenvolver exaustivamente os desdobramentos do contraditório de maneira a sustentar uma debate válido. Teria de adaptar as regras do processo judicial às regras do discurso racional, também em matéria de prova. Se a aceitabilidade depende de uma discussão própria, o processo ganha grande relevância na concretização do direito.

2.5 Limites das proposições epistemológicas

§24. *Restrições comuns às diferentes abordagens.* Como se tentou afirmar acima, a discussão sobre as proposições epistemológicas é fundamental para o estudo do juízo de fato relacionado à concretização do direito. A identificação de seus elementos, a compreensão de sua dinâmica e a exposição de suas possibilidades são pontos importantes de uma perspectiva que pretende construir um direito probatório mais justificado e racional. Noções de epistemologia aplicadas à decisão jurídica e também à dogmática da prova buscam a legitimação da cognição de fatos em juízo, discutindo a racionalidade subjacente à atividade de investigação sobre os fatos e afastando perigos de arbitrariedade nessa parte específica da atividade jurídica.

Ao apresentar diferentes posicionamentos epistemológicos sobre o juízo de fato aplicados aos casos jurídicos, não se tinha como objetivo principal comparar o conteúdo das diversas teses debatidas, ainda que seja inevitável a opção por uma ou outra em qualquer formulação sobre a matéria. *A apresentação de teorias diferentes sobre esse tipo de cognição teve como objetivo prioritário demonstrar que, em cenário algum, os conhecimentos sobre os fatos têm condições de alcançar respostas definitivas em suas investigações, inferindo-se da própria estrutura tal impossibilidade.* Todas as perspectivas epistemológicas são construídas em torno de justificativas para sustentar suas afirmações sejam elas baseadas em provas as quais servirão para robustecer as conclusões a que se chega, sejam elas destinadas à demonstração da realidade ou à identificação de consensos

em aceitá-la. Cada vez mais, são propostos graus de confirmação para as hipóteses levantadas sobre fatos, de modo que se reconhece serem os juízos empíricos sempre provisórios a espera de razões ulteriores que os apóiem ou os desmintam.

As concepções epistemológicas apresentadas, todas, em suas versões mais detalhadas, fazem alusão a esses níveis de confirmação designados em termos de probabilidade ou, de modo mais amplo, de aceitabilidade. Acredita-se que essa impossibilidade estrutural foi claramente apresentada nas análises empreendidas sobre cada uma das teorias epistemológicas. As diferentes perspectivas do conhecimento reconhecem o caráter provisório das afirmações analisadas.¹⁷⁵

Muito embora a concepção designada por realismo cientificista seja a mais entusiasta da aplicação da lógica no campo epistemológico, pretendendo retirar da observação dos fenômenos naturais as premissas definitivas sobre as quais vai operar no intuito de apresentar suas conclusões verdadeiras, ainda assim é entendida contemporaneamente a partir de uma distinção fundamental da filosofia da ciência importante para explicar o conteúdo de suas proposições. A diferenciação entre contexto de descobrimento e contexto de justificação se coloca ao centro de qualquer formulação desse tipo a partir de então, especialmente quando considerada a chamada epistemologia social, aplicada à resolução de problemas práticos como aqueles regulados pelo direito. Trata-se de categorias indispensáveis para o redirecionamento da noção de conhecimento em direção às justificativas, que se afiguram o único parâmetro capaz de legitimar as pretensões de demonstração veiculadas nessa fórmula do juízo de fato.

Essa distinção consiste numa fórmula que tem por propósito tornar possível a objetividade de qualquer tipo de argumento, dissociando razões explicativas, direcionadas a identificar as influências que levaram a sua defesa, das razões justificativas, que se destinam a oferecer-lhe validade. Para isso, sustenta serem atividades bem diferentes aquelas de identificar os elementos que dão causa a uma determinada proposição daqueles capazes de

¹⁷⁵ Como deve estar claro a essa altura, considerando o *status* teórico das diferentes abordagens da epistemologia, em hipótese alguma faz referência a proposições céticas, a partir de uma modalidade subjetivista da avaliação das provas, que não ajudam a discussão sobre os fundamentos da legitimidade do juízo de fato reformulada no âmbito jurídico. Há uma vasta discussão sobre o assunto dentre autores anglo-americanos do início do século XX que se debruçaram sobre o tema da prova, dentre os quais se destaca Jerome Frank. Atento a discussão epistemológica formulada sobre a matéria, adota-se integralmente a posição de Danilo Knijnik sobre a inutilidade desses debates para os propósitos do direito probatório contemporâneo. Talvez, esse tipo de reflexão não sirva senão para advertir sobre a necessidade de “prudência na análise fático probatória [... sendo] insuficiente que o resultado do convencimento judicial *in facto* seja um dentre os possíveis, ou que o julgador o repute adequado a solução da lide, desprezando, já ao nível de produção da prova, outras possibilidades que pudessem levar a soluções diversas.” Cf. 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: Livreria do Advogado, 2007, p. 24.

justificá-la. O contexto de descoberta, assim, remete aos fatores capazes de explicar as causas ou influências que agiram sobre a enunciação de qualquer análise, enquanto que o contexto de justificação trata de elementos capazes de mostrar que uma afirmação está certa ou errada. De todo modo, os juízos cognitivos têm seus respectivos contextos de descoberta, mas não é com base nesses fatores que se poderá analisar sua validade. Tal questão se põe no contexto de justificação, voltado apenas para a análise correção dos argumentos, independentemente da condição em que são sustentados originariamente.¹⁷⁶

A utilidade dessa classificação é bastante ampla para as decisões práticas, especialmente para aquelas situadas no âmbito do direito, na medida em que introduz o hábito salutar de buscar razões essenciais para sustentar as decisões que professa. A distinção é bastante útil para viabilizar a operação de concretização do direito sustentando a aplicação de normas aos casos concretos, assim como para a formulação de juízos epistemológicos. No âmbito do realismo cognitivista, a análise empírica do mundo real conduziria a conclusões confiantes sobre a realidade diante da possibilidade de acesso direto a seus detalhes mais específicos submetidos a diferentes contextos de experiência e verificando os padrões emergentes através da lógica.¹⁷⁷

Para essa formulação, não é tão importante considerar as influências que pesam sobre um especialista quando do estudo das causas de determinado acidente envolvendo uma obra de engenharia. Importa, sim, as razões que o levam a crer que um erro de cálculo causou o colapso de determinada estrutura, identificando os elementos que conduzem a aferição de uma probabilidade para justificar sua conclusão. Nesse sentido, todo argumento é concebido a partir de determinadas circunstâncias que certamente influenciam em sua conclusão, mas isso não quer dizer que esta não se sustente de modo independente e

¹⁷⁶ Muito embora haja teses sobre o redimensionamento desses diferentes contextos patrocinados por pesquisas neurolingüísticas, a utilização dessa distinção com propósitos de regulamentação de uma epistemologia social parece indispensável. Há, entretanto, quem não concorde com essa abordagem, considerando-a demasiadamente cética quanto às possibilidades de verificação da verdade em casos práticos. Dentre os argumentos que negam a importância da distinção para a questão da prova jurídica, cf. Lagier, *Hechos y argumentos (II)*, p. 49 e seguintes.

¹⁷⁷ A distinção dos diferentes contextos é também essencial para a teoria da argumentação jurídica, a qual procura identificar nas razões de decisão um dos campos de legitimação da concretização do direito. Por meio dessas medidas são isolados os argumentos jurídicos de seus intérpretes e das circunstâncias que o influenciaram na tomada de uma decisão. Esse expediente permite considerar apenas as razões que indicam a correção e a validade da aplicação de uma norma determinada aos fatos apresentados no processo. Exemplifica-se essa construção a partir do caso do juiz reconhecidamente religioso que julga inaceitável o aborto de fetos anencéfalos. Sua condição pessoal indica que tal juiz é sensível a uma posição moral não pautada nas normas jurídicas, mas em convicções religiosas que podem torná-lo tendencioso do assunto examinado. Ocorre que isso não significa que sua decisão necessariamente será inválida ou tendenciosa, considerando as justificações que podem ser oferecidas em relação ao posicionamento apresentado, seja em favor ou contra o pleito submetido. Sobre a influência dessa distinção dos contextos de argumentação no âmbito jurídico, cf. ATIENZA, *As razões do direito*, p. 20-23.

buscando a objetividade das razões expostas. Sem dúvida, a epistemologia é uma disciplina que se ocupa do contexto de justificação ao pretender identificar que tipo de razões podem ser levantadas para a produção de um conhecimento válido.

É claro que, na posição realista tradicional, a argumentação pretende se basear na demonstração da verdade exclusivamente por meio dos dados obtidos pela experiência, capazes de sustentar premissas fortes para um raciocínio meramente lógico, limitando a esse âmbito as justificações adequadas aos raciocínios epistemológicos. Todavia, como se tentou demonstrar, tais justificativas assumem formas diversas com o objetivo de respaldar conclusões referentes às hipóteses de fato levantadas nos autos, além da mera observação, experimentação e concatenação lógica dos elementos empíricos. As alternativas identificadas pós-giro linguístico buscam superar algumas das aporias colocadas contra o pensamento mais tradicional.

A diferença entre contextos já é pressuposta nas abordagens linguísticas que, desde seus conceitos fundamentais, distingue-se da proposta anterior por indicar um papel central à idéia de justificação para todos os elementos de conhecimento decorrentes de suas formulações. Nos distintos desenvolvimentos apresentados a partir desse paradigma, as justificações ganham significado ainda mais proeminente na afirmação no modelo de conhecimento, especialmente no campo epistemológico. Conforme se verificou na análise das abordagens construídas sobre esse paradigma, os diferentes conteúdos de argumentação somente fazem crescer, em importância, as justificações para afirmação do conhecimento, deixando para trás qualquer pretensão de acesso à realidade como ela é.

O ponto comum entre as formulações linguísticas parece ser a mediação que a linguagem exerce entre sujeito investigador e objeto investigado, tomando os limites dessa expressão como barreira intransponível ao conhecimento da realidade em si. Sendo a linguagem o elemento básico do conhecimento, o máximo que se pode pretender dessa atividade é fazer com que suas enunciações características se atenham a determinados critérios específicos de validade. Segundo se demonstrou acima, parece que são seus critérios de validade que divergem as distintas abordagens, considerando os objetivos definidos para a cognição.

Diante de uma abordagem designada por semântica, importa que a linguagem existente e definida se refira, com precisão, ao mundo real, sendo capaz de reproduzi-lo da maneira mais exata possível. Os enunciados serão válidos tanto mais quanto forem capazes de reproduzir a realidade e serem concatenados com outros enunciados sejam considerados igualmente representativos do real estado das coisas. Nessa formulação, são mantidas as

poderosas intuições realistas identificadas por meio dos métodos empíricos que definem pontos específicos a serem testados numa narrativa geral, são dados a serem encaixados e confirmados por um discurso mais amplo que tenta manter conexão com a realidade.

Considerando tais características, o método do modelo semântico pretende sempre esmiuçar, ao máximo, as percepções sobre a realidade dos fatos, mas consciente de que o engano de percepção e as imprecisões dos dados disponíveis podem ser levar a conclusões não corretas, seria a combinação dessa narrativa com outras sujeitas à criteriosa observação que pode levar a conclusões aceitáveis sobre o estado de fato.

Isso acaba determinando o paralelismo dessas construções em relação à realidade, ou, pelo menos, uma espécie de impossibilidade de verificação definitiva. O que é possível é um discurso provisório, limitado às premissas de verificação empírica disponíveis, mas que se pretende impositivo por agregar às técnicas de verificação empírica e suas estratégias lógicas, a combinação com outras verdades já certificadas pelo discurso. A idéia é fazer com que as narrativas retiradas da observação da realidade se apoiem mutuamente, criando uma espécie de justificação coerente que se lastreia na universalidade de determinada hipótese.

A observação empírica de elementos obtidos de modo idôneo e a confirmação obtida por meio da coerência narrativa seriam os aspectos que constituem a argumentação racional sobre fatos nessa perspectiva. Cumulativamente, esses dois passos teriam a propriedade de erigir o conhecimento de maneira gradualmente verificável. Assim como se demonstrou na formulação da proposta de probabilidade indutiva, não era apenas a verificação lógica, mas também a repetição do procedimento em relação a fatos adjacentes que poderia proporcionar alguma confirmação sobre o fato analisado.¹⁷⁸

¹⁷⁸ É nesse sentido o trabalho de Neil MacCormick, ao destacar a argumentação sobre fatos no âmbito do direito como narrativas sobre aquilo que se prova nos autos do processo: “[...] resumindo a coerência narrativa: ela fornece um teste sobre a verdade ou a provável verdade de proposições sobre coisas e eventos não percebidos. Trata-se do teste sobre a possibilidade de explicar uma proposição dentro do mesmo esquema explicativo que explica as proposições consideradas verdadeiras com base na percepção. A probabilidade relativa de uma ou outra proposição, entre duas mutuamente inconsistentes sobre o mesmo evento não percebido, depende, para permitir a coerência, do número de outros eventos que deve se supor haver ocorrido. São também relevantes o caráter e a credibilidade de outras hipóteses explicativas auxiliares que são implícita ou explicitamente levadas em conta no processo de determinação da coerência. A história mais coerente entre as histórias mutuamente inconsistentes é aquela que envolve o menor grau de improbabilidade por meio de tal teste. Poucas entre tais histórias admitem certeza sobre a verdade de proposição a ser provada. Tal teste justifica crenças, e assim justifica decisões sobre as questões de fatos passados porque (a) é uma condição necessária da inteligibilidade do mundo fenomênico; e porque (b) a racionalidade exige que tornemos inteligível o mundo fenomênico. Isso pode envolver (e certamente não será inconsistente com) uma pressuposição transcendental de que há um mundo numênico ordenado de maneira perfeitamente inteligível, e de que o mundo fenomênico replica perfeitamente a estrutura inteligível deste mundo numênico. Assim, as proposições que satisfazem condições de verdade estabelecidas dentro de nossos esquemas explicativos poderiam ser verdadeiras no que diz respeito à realidade das coisas (o mundo numênico). No entanto, nunca

Por meio desse expediente, não basta alegar que a comprovação dos danos às janelas da residência de Alberto foi causado pela ação de derrubada das paredes por parte dos operários da obra de Francisco no imóvel vizinho. É preciso identificar se os danos são característicos do tipo específico de reverberação causado pela demolição de paredes, quais as janelas foram atingidas pelo problema, se os danos foram identificados concomitantemente com a demolição, se pararam após a cessação dos serviços, se as janelas não foram danificadas pelo simples fato de estarem desgastadas pelas condições climáticas e trepidação vinda dos automóveis da rua, dentre outras peculiaridades. Uma compreensão do argumento, a partir desse modelo precisa que a hipótese proposta seja confirmada por elementos adjacentes que oferecerão maior ou menor segurança para sustentar as consequências jurídicas advindas do imbróglio.

Essa parte do argumento epistemológico busca forças fora dos mecanismos empíricos de constatação justamente porque, apesar de mirar na representação fiel da realidade, entende que somente pode pensar em alcançá-la por discursos plausíveis que confirmem e integrem as impressões obtidas isoladamente, diante de sua insuficiência. Na verdade, o conhecimento não passaria de uma narrativa a partir de premissas verificadas por mecanismos falíveis e somente podem encontrar sustentação na medida que se ampare em outros apoios diferentes da verificação empírica. Daí porque a lógica tradicional se faz ainda muito importante para essa formulação visto que somente se postura coerência caso sejam verificados relações de necessidade entre eventos do mundo fenomênico, de acordo com uma regra geral da causalidade.

Com isso, como anteriormente afirmado, essa reformulação da noção de demonstração não discrepa da versão antecedente ao postular uma fundamentação empírica para a mecânica do conhecimento. A grande diferença é a percepção de que, à impossibilidade de reconhecer à causalidade força decisiva para manter conclusões racionais, redefine suas pretensões de modo mais modesto e cria um argumento mais elaborado para sustentar suas razões; é que são buscados fundamentos mais elaborados do que a simples relação lógica aparente entre uma situação empírica e outra. A questão da

poderemos ter certeza de que o são. [...] A coerência narrativa, assim entendida, é uma condição necessária mas não suficiente para a credibilidade do mundo real. Afinal, conforme se observou, narrativas ficcionais compartilham de coerência narrativa com narrativas históricas, forenses e outras não ficcionais. As narrativas não-ficcionais devem ser, de algum modo, ‘ancoradas’ na realidade. A âncora essencial das narrativas não-ficcionais do mundo real reside nos truísmos sobre a percepção, memória, manutenção de registro e honestidade. Tais truísmos entram em operação quando testemunhas relatam o que ouviram ou viram, o que lembram e quais registros guardaram, ou quando algum registro válido como prova jurídica é produzido.” MacCORMICK, Neil. *Narrativas jurídicas*. In: *Retórica e o estado de direito*. Trad. Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 294-295; 295-296.

argumentação ganha, dessa maneira, força fundamental no raciocínio epistemológico, especialmente nos julgamentos jurídicos, considerando que a verdade, agora reconhecidamente, não mais se impõe por si só, pela força evidente e inegável das provas. A leitura das provas precisa ser construída por meio de uma narrativa com base nos elementos empíricos levantados e, de maneira coerente, para subsistir a testes de racionalidade.¹⁷⁹

A partir do reconhecimento da impossibilidade de encontrar as verdades apenas na análise dos objetos e reconhecendo o papel central que a linguagem desempenha no processo cognitivo, torna-se impossível ignorar que essa constatação depende de argumentos de analogia e confutação para ser identificada e desenvolvida. Não é despendendo afirmar que quando se fala em aspecto argumentativo, não se está, de modo algum, querendo fazer apologia a relativismos ou ceticismos quanto a verificação dos fatos, apenas a levar seriamente os limites das construções epistemológicas com o que se constrói um direito muito mais fortalecido em face dos desafios lançados por certas aporias. A argumentação sobre fatos se afigura um dos campos de legitimação das decisões a respeito dessa matéria criada, segundo critérios epistemológicos, para atender limitações dela própria. É uma forma de manter válidas e devidamente enquadradas as alternativas racionais para os propósitos de conhecimento do mundo, imprescindíveis, diga-se, para a relação do homem consigo próprio e com seus semelhantes.¹⁸⁰

Ocorre que não é apenas essa revisão do conceito de prova como demonstração que pretende identificar um campo de argumentação específico para legitimação desse tipo de proposições. A importância da argumentação é ainda maior quando consideradas as proposições situadas no âmbito do giro linguístico-pragmático a respeito da prova jurídica, conforme demonstrado no item anterior. A mediação linguística existente entre observadores e realidade não seria suficiente para romper com os reais problemas identificados na

¹⁷⁹ Apesar de conferir a motivação um valor essencial, Ibáñez parece não partir dessa noção de justificação para amparar a motivação das sentenças em matéria de fato. Segundo argumenta, a motivar significa [i] individualizar o caminho lógico-jurídico pelo qual o juiz chegou na decisão, deixando de separar explicação e justificação; [ii] de outro lado, entende a justificação como uma espécie de raciocínio *a posteriori*, no qual busca apresentar razões para uma decisão previamente tomada, que somente pode ser descrita e não afirmada em seus próprios fundamentos. Com isso pretende que a motivação seja uma atividade que integra o conhecimento, legitimada a partir de suas verificações lógicas. Atienza critica diretamente essa compreensão, ao se revelar em acordo com os pressupostos da abordagem semântica. Esse jurista busca um conceito de justificação afastado da mera descrição do pensamento que levou o juiz a decidir de forma tal ou qual. Importa é conferir razões para que esse entendimento seja considerado correto. Cf. Atienza. *Sobre la argumentación en materia de hechos*, p. 83-84.

¹⁸⁰ Sobre a importância da argumentação como campo de legitimação das proposições em matéria de fato advindos de uma abordagem eminentemente verificada no âmbito do que designou-se por giro linguístico semântico, cf. FERRER BELTRÁN, Jordi. *Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales*. Madrid: vol. 47, 2003, especialmente p. 31-33.

tentativa de demonstração, apenas diminuindo as expectativas referentes a suas possibilidades.

Em oposição às construções que identificam o ato de provar com demonstração dos acontecimentos por meio de elementos de fato verificáveis a partir de técnicas específicas, essa noção de prova parte de abordagem totalmente diversa a qual não se restringe à observação da natureza por parte de um indivíduo, mas depende do debate de versões distintas propostas sobre determinada situação empírica em face de um auditório que determina a aceitabilidade das descrições propostas. Não mais se confia exclusivamente nos métodos de verificação que cada indivíduo pode empreender para constatar um fato objetivo. Procura-se num procedimento em que, diante da impossibilidade de se identificar dados irrefutáveis sobre os quais se possam aplicar juízos fechados, admite a divergência de versões referentes aos dados disponíveis e a forma de vinculá-los para, em seguida, contrastá-los com um auditório racional a julgar por meio de consensos racionais as versões apresentadas.¹⁸¹

Como se ressaltou no tópico anterior, essa abordagem parte de uma ideia de conhecimento calcada em contextos intersubjetivamente definidos dentro dos quais se propõe cada um dos enunciados. Afastadas as concepções desvinculadas de qualquer âmbito da realidade, as proposições cognitivas dessa natureza somente poderiam ser reconhecidas por meio da justificação de sua validade, a qual abandonaria a descrição como critério único de sua verificação. A ideia passa a discutir outras formas de confirmação não limitadas a uma pretensa identificação do real, deslocando o procedimento de validação em direção ao consenso argumentativo nos termos apresentados.

Diante dessa tese, há importante impacto nos critérios de cognição dos fatos, o âmbito da argumentação como fator de legitimação dos juízos empíricos cresce muito em relação aos modelos demonstrativos. Uma vez que não se considera possível a identificação de dados objetivamente verdadeiros ou pelo menos que sua aquisição é muito difícil em diversos casos tais como aqueles de ordem jurídica submetidos ao Judiciário, essa formulação busca alternativas para operar ainda de forma racional. É que ainda num cenário de incertezas se deve apresentar razões para acolher ou rechaçar uma hipótese antes da aplicação do ônus da prova de modo a legitimar a decisão que se toma. Com isso, o desenvolvimento deve buscar, em procedimentos diferentes, a racionalidade necessária para

¹⁸¹ Lombardo, ob. cit. p. 145 e seguintes.

operar esses juízos e justificar as decisões que são tomadas em situações que demandam uma interferência.

Ao contrário das formulações demonstrativas tradicionais, o que se propõe não é o conhecimento derivado de premissas calcadas em medidas de verificação apenas, mas uma construção formulada na afirmação de hipóteses que consideram não somente a experiência sensível como fundamento para acreditá-las, mas, também, com base em elementos consagrados pelo auditório como fundamentos inquestionáveis para a formulação de determinada inferência. Não se trata de propor uma identificação entre validade e eficácia dos juízos de fato, rejeitado linhas atrás. Trata-se de uma abordagem que pretende evitar as dificuldades das proposições que se pretendem demonstrativas e identificar no diálogo elementos que proporcionem racionalidade aos enunciados de fato, inclusive em matéria de fato.

A idéia é buscar um raciocínio fático possível não dependente de verificações indutivas, alheio a necessidade de máximas de experiência fortes a sustentar a passagem lógica da hipótese à conclusão. Nem sempre há condições empíricas favoráveis e, nem por isso, é impossível acomodar razões para se apresentar uma decisão adequada. Com isso, afigura-se legítima a intenção de buscar outras formas de construção do juízo de fato, a partir de premissas que assumam seus próprios limites e, assim, entendam que seus objetivos não se referem a uma noção objetiva de mundo, mas a uma noção compartilhada dele. A mudança de foco do conhecimento, verificada de forma ainda mais forte perante os juízos práticos, tem impactos profundos na teoria da prova na medida que também deposita maior esperança numa estrutura argumentativa que certificasse suas conclusões pelo método dialético-retórico.

Nesse cenário, seria muito mais importante, por exemplo, propor uma formulação do processo judicial que atentasse a procedimentos que determinam a lisura de uma discussão do que conferir poderes investigativos unilaterais aos juízes para perquirir sobre algum fato. Essa forma de inferência afasta a atribuição de força a elementos externos de confirmação constatados sob a fórmula de probabilidade, voltando-se aos limites do argumento para propor sua confirmação. Isso ocorre por meio do apelo ao auditório como elemento de racionalização que exige um espectro muito maior de razões para uma definição por uma alternativa ou outra dentre as levantadas numa discussão, introduzindo na discussão questões amplamente reconhecidas pelo direito que não encontram amparo explícito por parte das doutrinas de demonstração.

Se não é possível encontrar um fator objetivo capaz de respaldar as construções demonstrativas dos juízos de fato, diante da debilidade estrutural das construções empíricas, essa abordagem sugere um modelo geral que escape das inúmeras dificuldades desse tipo de fundamentação e distribua entre os participantes do processo os fatores de sua legitimação quanto a decisão de fato, na medida que devem concorrer para justificar a primazia de suas versões à de seus contendores. Essa necessidade faria renascer os métodos esquecidos da dialética e da retórica como necessários para uma renovação das bases dos juízos empíricos a serem formulados que contam com grande espectro de justificação para operar. A busca pelo consenso, através desses métodos, pretende ser uma noção mais compatível com aquilo que se pratica nos julgamentos jurídicos e com maiores recursos a serem utilizados, o que garantiria maior potencial de solução dos problemas levantados a essa parte do raciocínio.

O centro desse modelo talvez seja a proposição de uma noção geral de como devem funcionar os juízos amparados pelo *quod plerumque accidit* apesar das aporias incidentes sobre as fórmulas de constatação. A noção de normalidade não tomaria em conta apenas o estado de coisas verificados no mundo real, mas, também, a pragmática dos termos utilizados para designá-los. É por causa disso que esse tipo de construção afirma a indistinção entre questões de fato e de direito, ao considerar que há uma influência recíproca entre a previsão normativa e a verificação dos fatos.

Ao discorrer sobre esse tipo de abordagem, Hermes Zaneti Jr. apresenta um exemplo esclarecedor sobre a aplicação dessas idéias no âmbito da prática forense.¹⁸² O Tribunal de Justiça discutia a questão da responsabilidade civil de uma instituição financeira referente ao arrombamento de seus cofres de segurança pelas perdas de um determinado cidadão que lá depositava seus pertences sem uma declaração clara sobre o conteúdo daquilo que deixava no interior do cofre. Apesar de restar incontroverso o fato do arrombamento e da imposição da responsabilidade da instituição decorrente do risco do serviço que prestava, ainda restava a comprovação da extensão do prejuízo sofrido pelo autor, considerando que haveria outras formas de se calcular o prejuízo através de documentos de declaração de renda, por exemplo.

Sem a apresentação desse tipo de documentos, apesar da responsabilização da prestadora do serviço, o relator do recurso julgou a ação improcedente, considerando que

¹⁸² ZANETI Jr., Hermes. Direito probatório, lógica jurídica e processo: a racionalidade prática procedimental e o retorno ao juízo. NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.) *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 218-220. O autor se refere ao acórdão exarado na apelação cível nº 70001464676, julgado pela 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em 21/11/2001.

não havia prova suficiente da extensão do dano, não sendo possível condenar nos termos do pedido. Na impossibilidade de requisitar da instituição financeira uma espécie de prova negativa, seria necessário manter, para o autor, o ônus de comprovar suas alegações conforme a regra geral do processo. Seria o autor o responsável por apresentar elementos suficientes que ligassem a hipótese que levanta à conclusão sobre os fatos, o que, implicitamente, segundo informa o relator, deveria ser feito de maneira demonstrativa.

Entretanto, o revisor, partindo do pressuposto desse tipo de abordagem, argumentou pela suficiência da prova diante de diversas circunstâncias a serem levadas em conta nesse caso particular. Conforme sua argumentação, o conjunto probatório seria suficiente para se propor a aceitabilidade da hipótese levantada em face de justificativas como “a) o prestígio social dos autores, sendo pessoas acreditadas na sociedade; b) o autor era um empresário conhecido; c) a idade avançada dos autores, ela com 64 e ele com 67; d) a utilização frequente do cofre pelo casal; e) a pormenorizada descrição das jóias ali guardadas, tendo sido algumas encontradas pela polícia no curso do processo, o que reforçava a veracidade das afirmações; f) a venda de imóvel da propriedade dos autores, a indicar que os valores recebidos possam ter sido convertidos em dólares, que estariam guardados no cofre; g) a prova testemunhal foi produzida justamente com aqueles que poderiam ter conhecimento dos fatos, somente pessoas próximas é que conheceriam os detalhes referentes ao patrimônio e às jóias dos autores; h) as testemunhas devem ter seu depoimento valorado conforme a sua credibilidade (art. 405, §4º, do CPC). Ora, para a credibilidade concorrem a ‘idade, condição econômica, posição social e profissional que desfrutam.’”¹⁸³

O voto de desempate, o desembargador restante acompanhou o posicionamento em que se conferiu suporte à matéria probatória. Apesar de não haver uma demonstração lógica entre os eventos sustentados na hipótese fática, essa restou certificada diante de máximas de experiência construídas cuidadosamente em acordo com elementos que também conferem, à conclusão, aceitabilidade racional no contexto social e jurídico. Não havendo regras probatórias que regulamentem por uma forma ou outra a confirmação de uma hipótese, resta à construção das máximas de experiência fazê-lo por meio de justificações adequadas.

Cada um dos elementos apresentados para providenciar a construção do raciocínio de confirmação da hipótese e suporte da conclusão proposta são passos em

¹⁸³ Ibid., p. 219.

direção a legitimação do juízo de fato e sua aceitabilidade como premissa da inferência jurídica. Trata-se de outra forma de justificação que apela a uma racionalidade distinta, mas igualmente adequada a esse tipo de discussão na medida que legitima amplamente essas inferências. Não é acidental a relação entre as construções ora propostas aos juízos de fato e aquelas construídas em relação à racionalidade jurídica: por meio desse paralelo, tenta-se discutir como tais matrizes teóricas impactam a racionalidade jurídica seja em relação aos seus preceitos legais, ou quanto aos seus pressupostos empíricos.¹⁸⁴

§25. *Esquema básico do raciocínio epistemológico.* Uma observação fundamental em relação a essas diferentes abordagens do direito é a identificação de que todas essas formas de conhecimento compartilham os mesmos elementos básicos de constituição, independentemente das diferentes alternativas que podem apresentar.

¹⁸⁴ O padrão de justificativas segue de perto aquele que é identificado nas teorias jurídicas mais difundidas na atualidade, desenvolvidas com o objetivo de precisar o raciocínio envolvido na especificação das normas aplicáveis em determinado caso concreto.

Isso fica claro na metáfora de Ost que identifica três correntes principais de compreensão do direito com três distintos modelos de juiz, os quais podem ser também relacionados com as correntes principais de compreensão epistemológica da prova judicial acima propostas. OST, François. Júpiter, Hércules e Hermes: tres modelos de juez. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 14, 1993, p. 169-194.

A reconstrução de Ost em relação as linhas mestras da evolução do raciocínio jurídico levam a um papel distinto do que se tradicionalmente atribui a argumentação jurídica em seu contexto moderno, levando também a teoria da prova esse tipo de construção.

Tomando-se por parâmetro o trabalho do professor Tércio Sampaio Ferraz Jr. ao se referir a compreensão das normas jurídicas, são ressaltados os papéis da dogmática, como técnica de estabelecimento de regras para tomada de decisões necessárias a sociedade. Apesar do razoável funcionamento da dogmatização do direito verificada na modernidade na resolução dos conflitos, reconhece-se que por vezes os textos legais que instrumentam essa dogmatização são muito menos complexos do que a realidade multiforme a qual são destinados, o que dá causa a necessidade de agirem de maneira a simplificar as questões sobre as quais se debruça. Daí porque a decisão se afigura como procedimento complexo em face de situação causada pela insegurança, cuja finalidade é absorção da insegurança.

Isso significa que o ato de decidir transforma incompatibilidades indecíveis em alternativas decidíveis, ainda que no momento subsequente novas incompatibilidades possam surgir. Segundo pensa o professor, a absorção dessa insegurança nada tem a ver com harmonia ou consenso (dissolução do conflito), mas sim com a decidibilidade do conflito entre alternativa existente na situação anterior a decisão. Entende que não se elimina o conflito através de decisão, são transformados. Assim, sem negar a racionalidade do direito, identifica-se sua grave limitação e autoriza que a dogmática seja limitada em termos de justificação, devendo ser limitada a atuação das normas legais sobre os fatos verificados.

Eis o motivo pelo qual o professor confere à argumentação jurídica um papel tão reduzido em seu pensamento ao papel da argumentação jurídica, como mero elemento adicional de desmobilização dos ânimos pela técnica jurídica. Para ele, a argumentação seria inserida em um momento de dominação preferível à violência e capaz de atingir resultados socialmente aceitáveis, não havendo possibilidade de se construir uma legitimidade calcada em consensos racionais. Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 310 e seguintes.

Essa forma de ver a argumentação vai sendo alterada conforme outros paradigmas são adotados na compreensão do direito, permitindo-se uma nova visão sobre aquilo que se entende por racionalidade e como esse conceito pode impactar a discussão de casos jurídicos. Nesse sentido que outras construções foram elaboradas a partir de outras leituras filosóficas dando causa a percepções que reservam papéis mais importantes a argumentação justificativa, conforme visto acima em relação aos juízos de fato. Nesse sentido as construções de MacCormick e Alexy, já citadas.

Absolutamente todas elas remetem a uma narrativa formada por elementos básicos de um esquema lógico que se propõem a explicar quais as constantes presentes nos argumentos de comprovação dos juízos de fato e a forma como eles se relacionam. A partir do isolamento desses elementos mínimos de constituição dos argumentos, afiguram-se possíveis análises e críticas capazes perceber os fatores importantes para uma adequação dessas reflexões ao juízo de fato.

Para apresentar essa explicação, acredita-se bastante útil e relevante a doutrina de Stephen E. Toulmin que tentou apresentar numa de suas obras mais importantes uma nova leitura sobre a lógica, afastada dos moldes aristotélicos que tradicionalmente definem esse campo de discussão.¹⁸⁵ A idéia de Toulmin era identificar um modelo de argumentação apto a encadear corretamente proposições de diferente conteúdo e também capazes de serem utilizados para avaliar a solidez das razões que são apresentadas de modo a se propor um conclusão. O objetivo central de sua investigação é tratar dos caminhos que o raciocínio deve tomar para estabelecer conclusões válidas à vida prática, considerando que a lógica, tal como construída, foi sendo afastada ao longo do tempo.

Para Toulmin, *“a lógica não diz respeito ao modo como inferimos, nem às questões de técnica [de inferência]; ela se move, em primeiro lugar, por um interesse retrospectivo, justificativo – com os argumentos que podemos apresentar depois, provamos que são aceitáveis as conclusões a que já chegamos, porque nos mostramos capazes de justificar nossas conclusões.”*¹⁸⁶ Com isso, pretende buscar elucidar as relações formais entre proposições aplicada à prática da lógica, a qual tem por objetivo específico considerar a solidez com que são apresentados. A idéia é munir o raciocínio cotidiano com estudos específicos sobre sua formação para que sejam adequadamente justificadas e compreendidas as proposições realizadas de qualquer natureza.

Nesse sentido, a obra encontra no raciocínio jurídico a metáfora ideal para a apresentação de suas fórmulas essenciais. As argumentações apresentadas podem ser sempre comparadas à defesa que as partes apresentam em tribunais, assim como as analogias que oferecemos como suporte a cada argumento, podem ser comparadas com aquelas feitas em juízo. De uma forma geral, o processo judicial tem a mesma função da investigação dos processos racionais: se no primeiro caso é preciso garantir o procedimento de apresentação das diferentes versões em juízo e os critérios pelos quais deve ser feita, também o segundo

¹⁸⁵ TOULMIN, Stephen Edelston. Os usos do argumento. Tradução de Reinaldo Guarany. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

¹⁸⁶ Ibid, p. 8.

deve estabelecê-los para pautar as discussões. Além disso, essa comparação mantém o objetivo da lógica ligado à função crítica da razão que são sempre ligados a padrões de realização pelos quais seus argumentos podem ser julgados, elemento essencial da argumentação cotidiana. A referência à argumentação jurídica serve mais como um exemplo daquilo que se pretende desenvolver de modo mais amplo, um campo geral da argumentação onde seja possível identificar como expor e analisar argumentos com o objetivo de se proceder uma avaliação isenta, tornando claras as funções das proposições apresentadas durante uma discussão e a relevância das críticas dirigidas a cada uma de suas etapas.

Assim, Toulmin apresenta uma forma de análise mais complexa do que aquela indicada na lógica tradicional. A divisão da lógica nos esquemas de indução e dedução parece não ser mais satisfatória, especialmente em relação à consideração da premissa maior, que não distingue, em sua apresentação, termos que necessariamente devem ser apresentados de forma distinta.¹⁸⁷ Toda essa construção é modificada para melhor atender aos propósitos da argumentação normal, aplicada a todas as espécies de argumento, preocupada com a justificação dos enunciados desafiados em seus termos, inclusive em relação aos juízos de fato usados no raciocínio sobre provas judiciais.¹⁸⁸

Nesse sentido, apresenta-se uma nova proposição geral de organização dos argumentos racionais seguindo o modelo jurídico, por considerar o esquema silogístico tradicional demasiadamente simples para demonstrar, numa instância mais geral, a validade ou invalidade das conclusões propostas. A intenção é identificar como se dá a justificativa das asserções que fazemos, quais os elementos constantes numa fórmula completa de sustentação de uma assertiva elucidando todos os possíveis campos de discordância e verificando todos os passos do encadeamento desses fatores. Para isso é preciso que sejam apresentados os elementos que servem como ponto de partida para a asserção e, então, a forma como são relacionados.

No intuito de se apresentar os limites do raciocínio meramente epistemológico e da necessidade de complementações em sua formulação no caso específico dos processos judiciais, a apresentação do esquema geral de raciocínio será feito em duas partes, sempre restritas a questões de fato com a finalidade a servir aos propósitos desse trabalho. Nesse primeiro momento, apresentam-se versão simplificada desse esquema lógico voltado apenas

¹⁸⁷ Na tradicional construção silogística “Todo homem é mortal; Sócrates é homem; Sócrates é mortal” o primeiro termo é apresentado como premissa maior, por indicar um termo geral a partir do qual será verificado se o termo específico, ou premissa menor, está nela incluída, para então se enunciar a conclusão.

¹⁸⁸ A utilização do esquema de Toulmin para analisar o raciocínio de fato é proposto por vários autores de maneira distinta. Cf. Lagier, *Hechos y argumentos (II)*, *passim* e REGLA, Josep Aguiló. Presunciones, verdad y normas procesales. *Revista Isegoría*. n. 35, jul-dec., 2006, p. 9-31.

às necessidades do raciocínio epistemológico. O mesmo esquema serve a todas as diferentes abordagens dessa natureza e é característico do livre convencimento tal como proposto pela processualística contemporânea. Entretanto, conforme prossegue a exposição, sobressai sua insuficiência para atender as necessidades do juízo de fato na resolução de casos jurídicos, que exigirão outros fatores também previstos por Toulmin em sua obra.¹⁸⁹

Diante dessa introdução mínima sobre o esquema lógico proposto, a sustentação de um enunciado sobre fatos tem como objetivo primeiro verificar sua legitimidade, os termos de sua justificação. Há diversos pontos a serem sustentados nesse argumento de maneira a cumprir com esse objetivo. Uma tentativa de explicação sobre o juízo de fato não pode se furtar a identificar esses pontos e relacioná-los de maneira a compreender sua dinâmica.

Inicialmente, parece claro que será preciso inquirir sobre sua viabilidade por meio dos dados a partir dos quais o argumento é sustentado. Quando se diz, por exemplo, que José tem ascendência indígena, isso certamente se faz considerando dados a disposição tais como filiação, características físicas ou desenvolvimento de aspectos culturais para sustentar esse enunciado. Dessa maneira, a alegação inicial (C, do inglês *claim*), sempre que for desafiada quanto ao seu amparo fático para sua sustentação, buscará nos dados, nos elementos de prova (G, do inglês *grounds*, que é designado pelo autor em vários trabalhos pela letra D, do inglês *data*) seu primeiro amparo.

Mas, mesmo depois que forem apresentados os dados relevantes para a sustentação da conclusão, ainda é possível indagar o porquê da relevância desses dados para a sustentação de determinada alegação de fato. A apresentação dos dados é apenas um passo inicial da comprovação que precisa de uma justificação para ser relacionado à conclusão. Trata-se de um desafio diferente do primeiro na tentativa de sustentar a pretensão que indaga sobre a conexão entre dados e alegações.

Essa conexão é feita por intermédio de um novo elemento que possibilita sustentar não a base que sustenta as alegações, mas se os dados apresentados têm condições de proporcionar a alegação central. Isso é feito sempre através de afirmações gerais que sirvam como uma ponte entre os dois termos anteriormente descritos, designado por garantia no indigitado esquema (W, do inglês *warrant*).

¹⁸⁹ Aqui se propõe uma divisão do esquema de Toulmin. Essa primeira parte mais simplificada registra como se vê o esquema epistemológico atualmente, sem contemplar diversos fatores importantes que deveriam ser incluídos. Entretanto, somente são considerados pelo esquema avançado, a ser apresentado oportunamente com suas implicações para o juízo de fato característico do processo judicial. Toulmin, ob. cit., p. 139-144; Atienza, ob. cit., p. 96 e seguintes.

Esse termo funciona, no exemplo indicado, da seguinte maneira: José tem cabelos ondulados e castanho-escuros, olhos oblíquos, tez morena e maçãs do rosto salientes (G); Compartilha-se de uma identificação dos indígenas por critérios biológico-raciais dentre os quais se destacam cabelos lisos e negros, olhos oblíquos, tez morena, maçãs do rosto salientes (W); José tem ascendência indígena (C).

As garantias, assim, são espécies de padrões práticos ou cânones argumentativos que funcionam como uma forma de relacionar dados determinados a uma conclusão e estão presente em absolutamente todas as formas de raciocínio existentes, inclusive aqueles relacionados aos fatos. Isso ficou demonstrado em todas as formulações epistemológicas acima apresentadas, inclusive em suas expressões nos processos judiciais no conceito de máxima de experiência. As garantias trazem grandes dificuldades em sua aceitação, considerando que a forma de sua sustentação é exatamente o ponto de divergência entre as teorias epistemológicas.

Conforme se demonstrou acima, seja a partir da relação logicamente necessária entre fatos, seja a partir de uma narrativa adequada sobre determinada classe de eventos, seja a partir de consensos viabilizados pelo auditório da razão, todos os juízos de verdade precisam legitimar essa regra para possibilitar sua análise característica. Embora essa não seja a única diferença entre as diversas abordagens epistemológicas, que diferem em outros sentidos também como aqueles relacionados à forma e ao conteúdo dos dados levados em consideração para sustentar uma alegação, talvez sejam os termos da garantia os mais problemáticos. Isso porque talvez não seja tão frequente haver grave discordância na percepção dos fatos, mas, sim, na compreensão do que eles significam em relação ao enunciado principal.

Eis porque as abordagens epistemológicas precisam teorizar sobre o que fundamentam as garantias, sendo necessário que também elas tenham um elemento de sustentação. No esquema, tal elemento é identificado como apoio (B, do inglês *backing*). Esse elemento protege a legitimidade de toda uma série de argumentos centrados nessa fórmula, oferecendo justificativas para que a regra que perfaz a ligação entre dados e conclusão seja aceita.

A inclusão do respaldo é necessária para distinguir distintas funções que, no silogismo, são trabalhadas no conceito de premissa maior de maneira confusa. Todas as regras apresentadas como garantia e que proporcionam a passagem dos dados verificados a uma determinada pretensão também precisam de justificativa que não são confirmadas pelos dados apresentados. São elementos negligenciados pelo conceito e premissa maior e que,

não obstante, aparecem com frequência no desenvolvimento das argumentações fáticas ou não.

No exemplo apresentado, é possível desenvolver, ainda mais, o argumento sobre a origem indígena de José. Seria necessário justificar o porquê das características físicas apresentadas serem capazes de justificar que os dados obtidos levam àquela conclusão, mesmo quando não são integralmente observadas no caso específico. Em termos de apoio, seria possível, por exemplo, oferecer argumentação que as características físicas são passíveis de revelar um determinado fenótipo exclusivo de determinado grupo étnico (B), caso esse fator seja determinante para os objetivos da referida pesquisa.

Outra característica importante desse apoio, que merece ser lembrada, é referente à estreiteza que tem de observar em relação aos objetivos do argumento de um modo geral. Seu conteúdo deve ser sempre adequado à sustentação de uma garantia correta para o funcionamento da argumentação. Essa relação não pode ser ignorada sob pena de comprometimento de toda a estrutura do argumento, como disposição de conteúdo que condiciona a própria validade da forma proposta.

Recorrendo, novamente, ao exemplo, seria possível dizer que todo o argumento construído com base nas características físicas do grupo étnico indígena teria de ser observado numa pesquisa para determinação das características físicas de um suspeito de cometer crimes de morte. Entretanto, se a questão é o preenchimento de vagas reservadas a quotas raciais previstas na seleção de cargos públicos ou vagas universitárias, a questão pode mudar de termos, especialmente considerando que definição de indígena, tal como disposta na Lei Federal n. 6.001/73, a origem e ascendência pré-colombiana não deve ser entendida como um critério biológico, mas como consequência de um vínculo histórico com comunidades que se identificam com aquela ascendência.¹⁹⁰ Assim, a legislação estaria ampliando o critério de identificação de indígenas de modo a influir na garantia e no fundamento eficiente do argumento acrescentando outro fator a ser demonstrado a partir do conceito legal que o condiciona. Nesse aspecto, a lei também condicionaria a investigação dos fatos, ao estipular sua pauta conforme as definições legais.

Diante dessas categorias, o esquema de argumentação de Toulmin, apresentado em sua fórmula simplificada para relatar os elementos envolvidos no raciocínio epistemológico e sua mecânica, aparece, de modo esquemático, na seguinte figura:

¹⁹⁰ CUNHA, Manuela Carneiro. *Os direitos do índio - ensaios e documentos*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987, p. 23

Esquema 1 – Elementos básicos da argumentação.

Fonte: ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2006, p. 98.

Eis também um exemplo esquemático de sua aplicação em questões de fato:

Esquema 2 – Exemplo de argumentação sobre fatos no direito.

A grande vantagem dessa fórmula sobre o silogismo tradicional consiste em tratar a lógica como algo que excede a forma do argumento, relacionando as categorias que formam suas etapas de modo bastante próximo aos elementos utilizados em cada uma das proposições argumentativas feitas na vida comum, cujo propósito é apresentar pretensões e seus questionamentos, defesas ou críticas. Além dos objetivos de uma fórmula descritiva do conteúdo dos argumentos e encadeada de modo a tentar garantir sua validade, o esquema ora apresentado que ainda, em sua formulação básica, excede a mecânica silogística na tentativa de compreender outras formas de validação do argumento em termos justificativos e não

logicamente necessários. Através desse esquema, são observadas maiores chances de se apoiar pretensões ao não depositar, apenas na regra de inferência, as questões de legitimidade da conclusão. Com isso, parece haver vantagem em assumir esse posicionamento por tentar proporcionar uma mediação eficiente na construção de pretensões, especialmente naquelas referentes a elementos epistemológicos.

Ao tratar dos juízos de fato nesses termos, as abordagens epistemológicas se tornam centrais a esse tipo de reflexão depositando enorme confiança na capacidade dos elementos listados para sustentar esses argumentos. Apesar das profundas divergências de conteúdo, cada uma delas se ocupa em justificar a passagem dos dados disponíveis à conclusão final, com o objetivo de sustentá-la de maneira adequada. Esse é o esquema característico da lógica decorrente das proposições epistemológicas e que consequentemente subsidiam qualquer construção referente ao livre convencimento no âmbito do processo judicial, retirando, do seu caminho pré-concepções designadas por prova legal que estipulavam como deveria ocorrer a comprovação.¹⁹¹

Como visto no início do trabalho, o livre convencimento vinha com um apelo pela abertura das formas de comprovação que modernamente seriam desenvolvidas na medida que fossem sondados os limites do conhecimento epistemológico para a criação de fórmulas dogmáticas adequadas a esses casos. Mas seriam esses tipos de raciocínio aptos a alcançar essa pretensão de se chegar livremente à verdade por meio desses raciocínios epistemológicos? Sem dúvida tais construções são indispensáveis para se pretender formular qualquer enunciado de fato, mas para cumprir com esse objetivo de maneira responsável é preciso reconhecer seus limites com o intuito de fortalecer as dificuldades identificadas em seu fechamento.

É que por mais substanciosas que sejam essas razões sempre comportarão risco de erro a ser distribuído entre os envolvidos no processo, sendo essa uma parte importante de regulamentação sobre a decisão tomada em relação à premissa fática do raciocínio jurídico, que essas abordagens epistemológicas, em si mesmas, não são capazes de desenvolver. Não obstante os objetivos dos raciocínios epistemológicos, e mesmo de sua validade em diversas situações, o contexto prático, nem sempre, pode se pautar apenas neles para apresentar uma decisão justificada precisamente porque oferecem uma espécie de inferência que, conquanto imprescindível, não pode ser tomada como instrumento infalível

¹⁹¹ A utilização desse esquema e desses elementos é vista nas construções realistas que buscam identificar os raciocínios de probabilidade segundo esquemas similares. Trata-se de representação gráfica dessa abordagem. Cf. item 2.2, acima.

de revelação da verdade. Antes, são construções que sugerem, de maneira mais ou menos aceita, a passagem de um fato que está disponível à percepção àquele que dele pode ser inferido. Sendo assim, o próprio livre convencimento é colocado em dificuldade por apostar, exclusivamente, nesse tipo de raciocínio para apresentar as premissas de fato sem atentar às limitações que se sobressaem em sua formação.

§26. *Limites da verdade e critérios axiológicos.* Nenhuma das abordagens epistemológicas estudadas foge ao esquema lógico proposto, sendo elaboradas dentre os elementos existentes na argumentação probatória. Absolutamente todas essas perspectivas, mesmo percebendo suas limitações a graus distintos de verificação ou consenso, dirigem-se apenas a teorizar sobre os termos da fundamentação do juízo de fato, mas não são suficientes para orientar decisões dessa natureza ao operarem na base do tudo ou nada. Os raciocínios epistemológicos somente levam em conta o conteúdo das inferências e confinadas aos limites da concatenação dos mesmos elementos, sendo destinados a responder sobre a confirmação ou não de uma hipótese.

Essa aposta única no raciocínio epistemológico, revelada em todos os seus termos pelo esquema lógico, traduz-se no problema do convencimento judicial apontado ainda no capítulo introdutório. Ou bem a inferência resulta na comprovação segura de determinada situação, ou seria autorizada uma decisão que não reconhece, em qualquer grau, os elementos de comprovação substituindo-os por uma regra legal a decidir artificialmente a questão de fato. Assim a discussão se restringe à busca pela verdade em suas etapas, construção das inferências disponíveis e a promoção da combinação entre elas de modo a individualizar a conclusão.

A estruturação das inferências obedece a um padrão totalmente voltado à substância dos argumentos epistemológicos, especialmente centrados nas funções da garantia (W) e do apoio (B), capazes de proporcionar a passagem dos dados disponíveis à conclusão sustentada de modo seguro. Essas regras são descritas como a cola que mantém juntos os elementos de prova ao enunciado conclusivo, sendo material essencial à formulação de inferências.¹⁹² Baseadas na experiência observada ou no consenso prático, são indispensáveis para se sustentar enunciados sobre fatos. As conclusões proporcionadas

¹⁹² Uma metáfora interessante para a explicação das máximas de experiência é aquela que a compara com a cola que gruda hipótese à conclusão por meio da evidência: “While we can say that generalization and ancillary evidence represent the ‘glue’ that holds our arguments together. Naturally there will be argument about whether we have used either the correct or strong enough ‘glue’ to hold our arguments together.” SCHUM, David A. *The evidential foundations of probabilistic reasoning*. New York: Wiley-Interscience Publications, 1994, p. 82.

por esse tipo de inferência respeitam o conteúdo determinado numa moldura epistemológica específica, mas sempre refletirão uma espécie de ligação que está longe de ser considerada apta em si mesma para subsidiar conclusões irretocáveis sobre os fatos de uma determinada causa também da perspectiva do próprio esquema proposto.

Entretanto, é preciso lembrar a crítica permanente e abrangente de que todo conjunto de dados disponível aos investigadores são em grande parte relacionadas a um estoque incompleto de informações para sua verificação ou consenso, trazendo como conseqüências, afirmações sempre provisórias nesse particular. Com isso, é sempre possível questionar os fundamentos de determinada assertiva e formular hipóteses concorrentes. A esperança é sempre que as generalizações supram o conhecimento específico de uma determinada situação revelada pelos dados disponíveis, mas essa também é retirada de informações parciais, não sendo possível que represente garantia suficiente à conclusão postulada.¹⁹³

A incompletude do conjunto probatório e das generalizações concebe argumentos de fato inerentemente especulativos. É sempre possível argumentar contra um argumento de fato que, se a prova que falta estivesse disponível, seria capaz de modificar a decisão. Essa objeção está constantemente presente porque cada argumento, de fato, contém uma pretensão de objetividade.¹⁹⁴

¹⁹³ A caracterização do conhecimento epistemológico com essa estrutura a partir de generalizações encerra o debate prova direta-indireta traduzido no direito processual na medida em que passam a funcionar pelo mesmo mecanismo. Não há uma melhor que a outra, limitando-se a diferença em relação ao objeto que pretende ser inferido da prova seja o próprio fato identificado, sejam fatos adjacentes que contribuem para identificação do principal. Afirmando que não há diferença ontológica entre ambas, cf. Knijnik, A prova, p. 25-30.

¹⁹⁴ As dificuldades da dedução probabilística são intrínsecas a sua própria maneira de operar. Alex Stein tenta demonstrar isso a partir de duas situações-limite que refletiriam as dificuldades de retirar a razão a partir de uma regra instituída como garantia para uma inferência. Nessas situações, o autor sustenta que em todos os usos da dedução há sempre uma racionalidade insatisfatória e vacilante na afirmação de suas premissas.

[a] Paradoxo da Loteria: Um agente está em face de uma caixa onde há mil bilhetes de loteria organizados aleatoriamente. Esses tickets são tirados da caixa um por um pelos participantes da loteria. Há apenas um bilhete premiado, sendo esta a única informação disponível ao agente. Assim, pela noção de probabilidade, o agente tem condições epistemológicas que o primeiro bilhete a ser retirado não ganhará a loteria. O contrário seria irracional. Mas todos os outros que retirassem os bilhetes teriam a mesma noção racional, inclusive o vencedor. Isso significa que esse tipo de conhecimento se baseia essencialmente na ignorância. A generalização força que sejam ameaçados todos os bilhetes, mesmo havendo um vencedor. Esse distúrbio epistemológico está presente em qualquer explicação da passagem de uma generalização para a decisão sobre um evento individual desconhecido.

[b] Paradoxo do Prefácio: Na publicação de uma pesquisa empírica bem feita, o autor avisa no prefácio que embora tenha tentado eliminar erros não garante que conseguiu eliminá-los todos do trabalho. Isso avisa aos leitores que erros estão presentes no decorrer do trabalho. Um agente capacitado lê o livro página por página com o objetivo de analisar cada uma e decidir se há uma razão epistemológica para acreditar que algumas das páginas contêm erros. O agente não tem razões específicas para acreditar na existência de erros em página alguma. Assim é levado a crer que o livro é livre de erros. Essa decisão, entretanto, contradiz a premissa do autor. Daí o paradoxo que desvela outro aspecto perturbador do problema da dedução probabilística: a perpetuação da dúvida.

Tal discussão é traduzida para o direito probatório, em primeiro plano, num dos temas mais importantes, referente ao elemento de veiculação da fundamentação dos juízos de fato: as máximas de experiência. Ainda que, em determinados interpretações, esse conceito apenas sirva para designar uma forma específica de generalização, é utilizado, metonimicamente nesse texto, para designar o elemento lógico da garantia. Opta-se por manter a mesma designação porque seu sentido literal não deixa a desejar quanto ao significado que se pretende adotar, sempre referente à experiência e, nem sempre, pode ser integralmente testado. Dessa maneira, seja como uma experiência constituída pela observação de experimentos, pela coerência narrativa ou por consensos práticos, sempre desempenhará o mesmo papel no juízo de fato.¹⁹⁵

No direito processual, a discussão sobre esse elemento é sempre referente às possibilidades de amparo que oferecem para a conclusão sobre fatos e também do conteúdo de suas proposições, discutido em que termos são afirmadas para sustentar o argumento de fato. É que, reconhecidas as fragilidades dessas disposições, torna-se especialmente difícil encontrar termos isentos de dúvida para seu funcionamento. A tentativa é impedir que juízos meramente subjetivos sirvam como premissas maiores do raciocínio jurídico que tornaria totalmente arbitrária e incontrolável a afirmação dos fatos.

Embora a natureza desse tipo de questão seja sempre aberta a especulações, a evocação de justificativas como apoio para essas premissas são sempre matéria essencial para a verificação da força dos enunciados sustentados com base nele. Quando as máximas de experiência não encontram certificação no prestígio das instituições científicas ou mesmo

Esses problemas demonstram que alguns princípios fundamentais da dedução probabilística ao alcance de investigação são inconsistentes, impedindo maiores créditos às construções dessa natureza. Destroí-se a idéia de que a alta probabilidade de correção de uma regra é base racional adequada para verificação de um fato específico que a utilize como fundamento para conclusão. Assim como também é infirmada a idéia de que a admissão de uma determinada regra é capaz de resultar na admissão de fatos específicos nela incluídos.

A saída para esse impasse é encontrar diferentes confirmações coerentes que diluam as incertezas de uma única observação num movimento de especificação do material observado de modo a dar complexidade ao amparo lógico de uma determinada conclusão, entrecruzando suas cadeias inferenciais.

A apresentação de Stein tem características bastantes semelhantes àquela apresentada na fórmula amparada em pressupostos referentes ao giro lingüístico semântico, muito embora, apresentada com ênfase nos aspectos lógicos, possa ser estendida a todas as outras abordagens.

Cf. STEIN, Alex. *Foundations of evidence law*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 65-69.

¹⁹⁵ Partindo de uma análise da função lógica das máximas de experiência de mesma forma proposta no texto, Barbosa Moreira foi muito feliz em identificá-la como premissa maior do raciocínio probatório e comparar suas dificuldades com os conceitos jurídicos indeterminados, que são da mesma forma premissas maiores problemáticas para o raciocínio de normas na aplicação do direito. Parte-se de uma compreensão restritiva das premissas maiores desses raciocínios importantes para o direito, partindo do pressuposto que há premissas dessa natureza que não são problemáticas. Aqui, tenta-se trabalhar com uma idéia mais problematizada dessas premissas a partir da crítica filosófica, mas em substância encontra-se amplo respaldo para a transferência de discussões filosófica e jurídica desde o trabalho do professor carioca. Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Regras de Experiência e conceitos jurídicos indeterminados*. In: *Temas de direito Processual – 2ª Série*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 61-72.

jurídicas, necessitam passar por ampla discussão no processo até serem adotadas aptas a desempenhar o papel de generalização viável na inferência probatória.

Observe-se o caso dos julgamentos referentes à concessão de pensão pela Previdência Social às esposas de trabalhadores rurais, discussão longa na jurisprudência que não encontrava, na legislação, nenhuma saída senão a comprovação, por meios de prova específica, de que também esta seria trabalhadora rural. Muitas vezes eram extremamente precárias as possibilidades dessa comprovação, levando a jurisprudência a procurar amparo na normalidade das relações sociais o amparo necessário para alcançar as conclusões satisfatórias. Assim, segundo a solução sustentada pela jurisprudência, bastaria a comprovação da vida em conjunto em área rural para alcançar a comprovação da atividade rurícola também pela esposa e sua inclusão dentre os beneficiários das verbas previdenciárias.¹⁹⁶

O controle dessa alternativa é eminentemente epistemológico de acordo com as estratégias disponíveis para sua defesa e justificação. As formulações para essa generalização dificilmente acharão termos em que possam ser afirmados sem restrições, considerando que não podem afirmar que partem de informações completas para serem propostas, sendo sustentada com base em conhecimentos, nem sempre objetivos, sobre a realidade. Essa garantia e fundamento do juízo de fato é que constituem uma das grandes diferenças entre afirmações científicas e não-científicas, pois lidam, de maneira bem diversa, com as generalizações tomadas em suas inferências: enquanto a ciência cataloga mediante criteriosa observação suas situações normais, isso nem sempre está à disposição em outras instâncias, notadamente os juízos práticos,¹⁹⁷ mas é indisputável que ambas fazem uso do mesmo esquema lógico e do mesmo expediente de generalização em suas construções, não havendo diferenças decisivas entre as duas práticas, senão de critérios de observação e construção de generalizações.

¹⁹⁶ RESP - PREVIDENCIÁRIO - TRABALHADOR RURAL - RURÍCOLA - ESPOSA - ECONOMIA FAMILIAR - Há de se reconhecer comprovada a condição de rurícola mulher de lavrador, conforme prova documental constante dos autos. As máximas da experiência demonstram, mulher de rurícola, rurícola é. (STJ. REsp 210935/SP, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, julgado em 30/06/1999, DJ 23/08/1999, p. 175)

¹⁹⁷ Quando se fala em utilização da ciência no raciocínio probatório nem sempre se está falando de provas científicas, aquelas em que um *expert* promove uma investigação a partir dos elementos disponíveis nos autos por meio de uma metodologia científica para entregar um resultado que pode auxiliar o julgamento de fato. É também possível falar simplesmente em utilização da ciência como elemento de formulação da premissa maior do raciocínio sobre prova, de modo a conferir outro tipo de credibilidade ao juízo que se quer formular no processo, como nos casos em que estatísticas são evocadas para incluir um caso particular em determinado universo. Há uma grande diferença em usar um postulado científico no julgamento da causa e o problema da ciência privada do juiz que sempre se pretendeu evitar, embora a aplicação prática dessa solução científica nem sempre seja clara como é necessário. Cf. TARUFFO, Michele. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*. Tradução: Cândido R. Dinamarco. Curitiba: IBEJ, 2001, p. 31-37.

Identificado o espaço das regras de experiência no raciocínio sobre prova e sua forma de constituição é de se confirmar a falta de objetividade como eram constatadas também pelos estudiosos do direito processual com impacto direto sobre as conclusões a serem postuladas. Se, por um lado, os meios de prova nunca são referentes a todos os pontos relevantes da causa; por outro, mesmo os existentes são analisados por um esquema que apresenta dificuldades na sua construção e execução.

Para diluir as possibilidades de erro contidas em cada uma dessas inferências, a estratégia epistemológica adequada é individualizar as investigações de fato, buscando, tanto mais quanto possível, viabilizar testes a partir dos outros dados disponíveis para o caso concreto. Essa especificação deve atender a disponibilidade de elementos de provas de modo que confirmem uma ampla rede de confirmações a uma determinada hipótese. O objetivo seria diluir, pela utilização de várias outras inferências, os eventuais ajustes que cada versão necessite em suas narrativas.¹⁹⁸

Essa estratégia, assim, parece remover os problemas vinculados aos argumentos de fato. Tenta-se evitar o problema da probabilidade, que denuncia a incompletude da ligação entre generalização e casos individuais por meio da especificação dos juízos formulados no caso concreto o máximo possível. Essa questão torna o princípio particularmente atrativo para resoluções de problemas de razão prática, porque, apesar de manter as dificuldades epistemológicas, tenta reduzir seu alcance pela categorização dos casos padrão com base em critérios mais próximos ao caso concreto.

Nesse sentido, a leitura individualizada dos elementos de prova constitui o melhor juízo epistemológico que o investigador pode fazer. Tal praxe dá à cognição empírica a licença epistemológica para desconsiderar a informação que ainda continua indisponível. A proposição de fato que sobrevive ao exame específico, seja qual for sua matriz epistemológica, qualifica-se como adequadamente provada nos limites de seus pressupostos. Em face desse procedimento investigador está epistemologicamente autorizado a postular fechamento das informações mesmo presentes eventuais inconsistências. Essa postulação estabelece a estabilidade epistêmica que argumentos de fato requerem, diminuindo, sensivelmente, a viabilidade de versões alternativas, autorizando decisão justificada para o caso.

¹⁹⁸ Essa individualização é identificada no raciocínio jurídico por princípio da máxima individualização (*principle of maximal individualization*) pelo qual o mesmo Alex Stein identifica a estratégia disponível ao direito para viabilizar os juízos epistemológicos conferindo-lhes profundidade num contexto limitado de informações precisas, mas complexo na fundamentação dos enunciados. Além das propriedades epistemológicas, é associado a essa estratégia também o surgimento de uma dimensão moral desse tipo de raciocínio do qual nos ocuparemos no item 3, a seguir. Cf. Stein, ob. cit., p. 93-106.

Esse segundo momento do juízo epistemológico funciona ao propor o percurso do mesmo esquema diversas vezes e de forma complementar tampouco oferecem fechamento ao raciocínio, porque apenas pretende criar parâmetros de generalização mais proximamente relacionados à situação específica analisada para possibilitar uma conclusão aproximada. Assim, não oferece qualquer alternativa epistemológica à sustentação dos enunciados de fato. Contribui apenas ampliando o espectro das operações lógicas com o intuito de dar maior suporte aos seus elementos e consequentemente às suas conclusões.¹⁹⁹

A amplitude dos juízos a respeito da prova se refere, não apenas ao *factum probandum*, mas a diversos outros que concorrem para sua comprovação. Esses fatos adjacentes, dos quais se infere o principal, não diferem, em seu esquema lógico, da comprovação principal, apenas robustecem o raciocínio que o verifica. Tais raciocínios podem ser relacionados com a confirmação dos dados disponíveis em si mesmos, ou na formação das máximas de experiência verificadas, ou mesmo na observação de dados identificados como apoio e, também, os elementos que constata os fatos adjacentes podem são afirmados através do esquema e assim em diante.

A percepção desse raciocínio e de sua individualização envolve uma série de argumentos inter-relacionados de modo a se descrever e sopesar sobre a validade do caminho percorrido para aquela afirmação.

Nesse processo, muitas inconsistências são identificadas permitindo que situações diferentes continuem encontrando amparo nos esquemas epistemológicos. Há importantes exemplos para se compreender as dificuldades da mecânica dessa construção, em que não há comprovações claramente estabelecidas, apesar de se valerem de diversas inferências construídas de forma válida.

O propósito das construções epistemológicas na prática processual é, sem dúvida, colocar sob seus fundamentos qualquer decisão a ser tomada, tentando driblar suas inconsistências pelo reforço mútuo que os argumentos dessa natureza podem prover em relação a uma tese específica, mas essa solução dos problemas é satisfatória apenas da perspectiva epistemológica ao lidar com o problema a partir de inferências sustentadas por argumentos dessa mesma natureza. Ocorre que esse procedimento não oferece qualquer

¹⁹⁹ O princípio da máxima individualização deve pautar todas as investigações epistemológicas. Tal princípio obriga que os investigadores considerem todas as provas específicas do caso e as submeta às narrativas e refutações de todos os participantes da discussão, não sendo lícito julgamento de uma questão enquanto as evidências não forem submetidas a esse teste. É esse teste constante que confere robustez às hipóteses sustentadas pelo juízo de fato. Cf. *Ibid.*, p. 91 e seguintes.

razão para eliminar as incertezas que existem nas investigações sobre fatos em face de questões práticas. Tenta, apenas, contorná-las segundo seus próprios pressupostos.

Seguindo a receita do livre convencimento, a confiança nos métodos epistemológicos acaba por apontar para essa direção. A principal aposta desse modelo, como se disse ainda no início, sempre foi a aplicação de métodos epistemológicos capazes de entregar, senão a verdade, algo aproximado, que dispensasse a intermediação de instrumentos legais entre a realidade e a aplicação do direito. O grande otimismo em relação ao instrumental cognitivo criou o ambiente para o abandono de outros fatores de legitimação do juízo de fato, em detrimento de uma promissora busca pela verdade ou pela verossimilhança sobre o ocorrido como único fator de legitimação.²⁰⁰

Ao depositar esperanças no êxito desse raciocínio, subestima-se o contexto de incertezas no qual são produzidas suas conclusões sem submetê-las a qualquer avaliação de suficiência de seus resultados. Deixa-se o trabalho para uma fórmula confessadamente problemática de decisão, que não pode ser considerada autoevidente, mas apenas justificativa. Toda dogmática da prova judicial no direito brasileiro, por exemplo, está amplamente desenvolvida nesse sentido, conforme denunciam as instituições de direito processual que orientam as investigações dessa natureza, refletindo o mesmo esquema cognitivo das armações epistemológicas acima propostas.

Como amplamente demonstrado, é difícil que, do ponto de vista epistemológico, haja confirmações fechadas, o que obriga as decisões a serem proferidas na esmagadora maioria das vezes sem confirmações definitivas das versões levantadas. As decisões jurídicas não são tomadas em contextos ideais, mas de acordo com o possível, obrigando que se façam estimativas que sempre sofrem de algum grau de inadequação. Sendo incapaz de permitir versões concorrentes mesmo diante de um completo e perfeito exame epistemológico, é de se reconhecer que a questão não mais se situa no âmbito da veracidade das afirmações.

Se as justificativas para uma conclusão são sempre apenas parciais, muda a pergunta a ser posta quanto a confirmação da versão apresentada. Não mais se indaga apenas sobre a confirmação de determinada versão dos fatos, mas também quão confirmada ela se apresenta. É preciso indagar sobre quantos fundamentos poderiam ser levantados em seu

²⁰⁰ É preciso ressaltar dessa assertiva a situação peculiar das construções lingüístico-pragmáticas que baseiam no consenso racional a legitimação de seus juízos de fato. Apesar dessa abordagem, como demonstrado acima, não mais se cria uma oposição entre consenso e verdade. A partir de uma linguagem comum, são criadas condições de investigação em que é possível o desenvolvimento significativo dos juízos epistemológicos. Cf. Item 2.4, acima.

favor, se eles são suficientes para confirmar a hipótese e ainda, caso não sejam, quem sofrerá as consequências dessa falta de confirmação.

Nenhuma dessas perguntas, entretanto, está ao alcance da epistemologia. Essa se concentra em oferecer parâmetros de fundamentação do juízo, mas nunca apresenta soluções sobre o ponto de confirmação a partir do qual se pode amparar uma decisão prática. Em tais casos, é preciso seguir de perto uma racionalidade compatível com os valores consagrados pelo direito, em busca de critérios para orientar validamente a decisão.

A seguir, será defendida a idéia de que esse é um campo de argumentação afeito a moralidade e que os valores reconhecidos servem para orientar também nesse sentido as decisões judiciais. É que a proteção de determinados valores precisa envolver, entre seus atributos, certa medida de comprovação de enunciados, para desempenhar de forma plena seu objetivo. O risco de erro quanto a situações de fato faz com que o aumento ou diminuição dos graus de confirmação de determinada situação de fato sejam fatores importantes de justificação moral de uma decisão jurídica.

Daí ser pertinente perquirir sobre os fundamentos morais que devem orientar a decisão sobre fatos, conteúdo que, nem sempre, o direito observa. Ao se limitar a regras de ônus da prova gerais e justificadas apenas na mecânica do processo, deixa-se de debater sobre essa dimensão importante da decisão que orienta, com firmeza, o que fazer quando não há uma confirmação epistemológica suficiente para afirmá-la como verdadeira. A busca dessa fundamentação moral é urgente para a legitimação das decisões sobre fatos e merecem ser desenvolvidas no âmbito do direito positivo.

Nesse sentido, é possível sustentar que o livre convencimento, em alguma instância, abre espaço para uma nova valorização do raciocínio empregado pelas fórmulas da prova legal, adequando a confiança epistemológica aos indispensáveis aspectos axiológicos na avaliação do juízo de fato. Com isso, não se está deixando de lado as soluções encontradas pelo direito no ônus da prova para proporcionar resoluções legítimas para o processo judicial. Sugere-se, entretanto, que a fundamentação desse instituto tem natureza eminentemente valorativa destinada ao encerramento da discussão e à orientação da decisão, representando um debate que vai muito além da mera instituição de regras processuais.

3. Fundamentos axiológicos para o juízo de fato na decisão jurídica

3.1 Dissociação entre verdade e valores

§27. *Livre convencimento e a segregação dos critérios axiológicos para avaliação dos raciocínios de fato.* A formulação original do livre convencimento, com seu propósito de afastar a disciplina legal de validação de inferências e substituí-la por uma análise não-mediada das questões de fato, revela perplexidades identificadas no momento da decisão, mesmo quando amparada por ideais epistemológicos coerentes. Conforme se tentou demonstrar por meio do estudo das abordagens mais importantes da prova judicial, a aposta na epistemologia se revela primordial para a racionalidade do processo ao conferir elementos que conduzem sua valoração, mas, ainda assim, insuficiente para dar conta de todas as necessidades do julgamento de questões práticas. Voltadas à decisão, tais questões exigem um fechamento que as discussões epistemológicas nem sempre estão habilitadas a prover, mesmo diante de todo aparato que conferem a avaliação da força apresentada pelos diferentes discursos sobre fatos que aparecem numa contenda processual.²⁰¹

No cenário do livre convencimento, as regras de direito probatório assumem objetivos de controle externo do raciocínio de fato, voltadas a uma regulamentação mínima dessa atividade sem adentrar seu âmbito de desenvolvimento que seria situado nos domínios da lógica. Funcionam apenas como formas de institucionalização desse debate e restrição do arbítrio nas decisões resultantes. Com isso, é possível afirmar que as regras probatórias são reduzidas à função indireta de afirmar a liberdade cognitiva do juiz, pois não podem impedir ou condicionar a atividade intelectual de acerto do fato.

Não é difícil verificar essa assertiva nos campos de desenvolvimento do direito probatório. Como se verifica no regramento do direito processual aqui e alhures, tais regras se limitam a regulamentar a participação dos interessados no procedimento e os trâmites para se produzir adequadamente a prova, necessidade de vinculação das análises ao conjunto probatório, a valoração prévia da lei para situações do raciocínio probatório, mas nunca em se debruçar sobre como considerar as provas produzidas. As regras jurídicas sobre esse assunto têm a condição de serem compatíveis com os pressupostos epistemológicos assumidos. Esses limites seriam suficientes para o controle da decisão judicial, pois seria substancialmente submetida a métodos adequados de análises empíricas que seguem os ditames da determinada concepção de conhecimento racional, conduzindo a revelação de uma verdade provável no sentido de acolher ou não a pretensão resistida.

²⁰¹ Retoma-se nesse ponto as discussões levantadas nos itens 1 e 2 do capítulo de introdução, de modo a analisar a problemática levantada a partir dos pressupostos acima apresentados de desmistificação das construções epistemológicas que estão sob as construções do livre convencimento.

Não se pretende questionar o pressuposto que assume a construção epistemológica pregada pelo livre convencimento, pois parece ser a alternativa mais consistente disponível ao juízo de fato, especialmente diante do grau de justificação que o conhecimento empírico recebe na sociedade atual e diante das alternativas apresentadas pelas construções da prova legal que engessam as possibilidades de identificação dos fatos, segundo critérios considerados legítimos. Entretanto, isso não significa que o raciocínio epistemológico seja o único a ser empregado na consideração de questões dessa natureza. O potencial dessas abordagens não inclui orientação da decisão para lidar com os riscos que o erro referente à concepção dos fatos pode acarretar para a ação judicial, levando a necessidade de incluir, nesse raciocínio, elementos que viabilizem a consideração desse importante fator de decisão, especialmente quando se considera o contexto de incertezas que cercam o processo judicial.²⁰²

Tal discussão é negligenciada pelos juristas partidários do livre convencimento, especialmente por aqueles filiados à tradição continental, causando dificuldades na sistematização dogmática da decisão em matéria de fato. Ao afastar a predominância das dificuldades do raciocínio epistemológico no processo judicial, criam uma expectativa indevida para essa atividade que raramente poderão alcançar, não sem abalar consideravelmente a legitimidade da decisão.

§28. *Convencimento e decisão.* Uma das mais importantes consequências do predomínio do raciocínio epistemológico é a confusão que envolve o termo “verdade” na regulamentação de seus institutos, confundindo o objetivo de alcançá-la e sua função como critério de decisão. O direito processual ligado à tradição continental trata dessa questão impondo indiscriminadamente esse termo a um só tempo como objetivo das investigações judiciais e único critério de suficiência para reconhecimento de um argumento de fato em decisões dessa natureza. Por vezes, isso fica bastante caracterizado na utilização de termos

²⁰² As teses referentes à insuficiência do potencial da abordagem epistemológica a seguir descritas são amplamente baseadas no trabalho de Alex Stein, cujo principal objetivo parece ser o resgate dos fundamentos axiológicos como principal justificativa das normas de direito probatório, especialmente no sentido de alocar os riscos de erro da decisão de fato no âmbito do processo judicial. A construção apresentada se restringe a desenvolver essa tese apenas no sentido de reconhecer que são imprescindíveis os critérios de suficiência para orientar a decisão de fato, muito embora, em princípio, não encontre muitos óbices a confirmação dessa proposição geral. A posição do autor foi colhida e pensada a partir de dois trabalhos fundamentais, enunciados conforme a norma de citação bibliográfica: STEIN, Alex. *Against free proof*. 31, *Israel Law Review*, 1997, 573-589; STEIN, Alex. *Foundations of evidence law*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

como a verossimilhança, a certeza, ou convencimento, utilizados tanto nos corredores acadêmicos quanto forenses.²⁰³

Mas é preciso entender que objetivar a verdade e tê-la como único critério de julgamento são proposições bem distintas, que devem ser entendidas a partir das funções que desempenham na estruturação do direito probatório.

Afirmar que a verdade é um objetivo do processo judicial, significa que a atividade probatória deve ser desempenhada de maneira legítima, considerando a produção ampla de provas, a valoração das possibilidades investigativas, a oportunidade às contestações devidas, etc. Por outro lado, afirmar a verdade como único critério de julgamento significa exigir um padrão específico de decisão sobre a matéria de fato, através do que se admite a possibilidade de levantar elementos suficientes para afastar todas as dúvidas eventualmente presentes quando da decisão jurídica. Tomado como se fosse uma coisa só, não se aceita julgamentos de fato senão quando amparados por um juízo contundente sobre os fatos da causa para subsidiar julgamentos sob a justificativa de que o processo sempre busca ser fiel à realidade.

Ainda que se deixe de lado a discussão sobre o significado desse termo, mesmo sendo aceito algum conceito epistemológico de verdade como objetivo universal e inegociável de legitimação da investigação processual sob o livre convencimento, parece, bastante claro que não funciona como condição de legitimidade do julgamento dos fatos, nem mesmo como critério de imposição de alta probabilidade em relação à decisão. Apesar da veracidade das conclusões ser um dos elementos de legitimação da decisão, dependerá de diversos fatores para ser determinada adequadamente, muito mais ligados a construções axiológicas do que epistemológicas para operar. É que, num contexto de incertezas potencializado pelas dificuldades características das discussões processuais, a busca pela verdade, muitas vezes, não encontra terreno propício para seu desenvolvimento.

Como visto na análise do esquema do raciocínio epistemológico tradicional, não há referência a etapas de identificação da suficiência dos argumentos levantados em prol de uma hipótese. A esperança é que esses argumentos possam ser avaliados de forma positiva ou negativa quanto a sua confirmação, levando em consideração as provas apresentadas nos autos, mas, dificilmente, sustentar-se-á a necessidade de fazer juízos absolutos quando se

²⁰³ Essa indistinção aparece mesmo em trabalhos que servem de base fundamental para o direito processual contemporâneo, como foi lembrado à nota 20 do capítulo de introdução as obras já citadas de Calamandrei e Walter. Entretanto, muitas outras trilharam o mesmo caminho, como mesmo a obra tardia de Carnelutti, na qual redimensionou suas expectativas quanto ao objetivo da prova sem dissociá-la dos critérios de suficiência. Cf. CARNELUTTI, Francesco. Verdade, dúvida e certeza. *Gênesis – Revista de Direito Processual Civil*. Tradução: Eduardo Cambi. Curitiba: Gênesis, n. 9, 1998.

consideram as muitas dificuldades estruturais ou circunstanciais encontradas nesse tipo de investigação, que não permitem conclusões senão parciais diante de uma previsão ideal do conjunto probatório envolvido.

A experiência dos tribunais aponta essa diferenciação entre objetivo e critério de julgamento, ainda que sem maiores justificativas. Intuitivamente, não se encontra dificuldade em afirmar, por exemplo, que a comprovação de um acidente de trabalho não compartilha o mesmo rigor que uma condenação penal. Tampouco se contestaria que, diante de uma infração ambiental que configure crime e reparação de danos civis, exigir-se-ia mais provas para configuração do primeiro do que a caracterização do segundo. Ambos os exemplos combinam a necessidade de investigação epistemológica a uma moral cognitiva que acompanha as características do direito material ao qual está vinculada.

Esse campo de desenvolvimento dos valores positivados acaba gerando um cálculo de risco: é considerado muito mais grave condenar um inocente do que absolver um culpado diante das garantias de proteção quanto ao erro num processo penal, enquanto que não seria viável dar preferência, num processo civil patrimonial, ao autor ou réu quando a distribuição do risco ante a igualdade entre as partes e a inexistência de motivos para proteção de um ou outro. Diante das características de cada relação jurídica, é fundamental que as decisões observem as consequências da aplicação do direito para a formulação dos critérios adequados.

Apesar de ser um objetivo fundamental à legitimidade das decisões judiciais, a verdade não serve como um critério universal de suficiência de provas para a decisão jurídica em matéria de fato. Como demonstrado nas construções acima, a valoração do conjunto probatório, através de diferentes teorias epistemológicas, expressam sempre graus distintos de confirmação que podem e devem ser utilizados medida pelas decisões jurídicas, pois agregam importante instrumento para a teoria da prova e para a prática judiciária. A ausência de critérios únicos de valoração para substituir a verdade criou a necessidade de se encontrar uma referência para a decisão jurídica, no sentido de avaliar a suficiência da prova em cada caso.

Mesmo sendo essa tese considerada admissível e encontrando pouca resistência teórica para sua adoção, as soluções dogmáticas continentais não acompanham adequadamente tais percepções, persistindo os problemas do convencimento. No mais das vezes, a dogmática se limita a disciplinar o problema da falta de confirmação da verdade, do não-convencimento, no estudo do ônus da prova, regra construída para dar o fechamento aos julgamentos de fato aos inúmeros casos em que os enunciados de fato atingiam patamar

satisfatório de afirmação. Em geral, o ônus da prova é estudado apenas como uma regra positiva de decisão, reconhecendo como seu fundamento principal a responsabilidade pelas próprias alegações.²⁰⁴

A tradição processual incumbiu às partes o ônus de comprovar aquilo que, respectivamente, alegavam sob pena do julgamento lhes ser desfavorável. Na tentativa de sistematizar a regra, foi consagrada designação da carga da prova a partir da posição processual que ocupam ao serem identificados quais enunciados seriam característicos de cada interesse. Assim, chegou-se à regra em que ao autor incumbe a prova dos fatos constitutivos de seu direito e aos réus fatos impeditivos, incentivando aqueles que ocuparem esses postos no processo à produção das provas correspondentes.²⁰⁵

Nessa interpretação, apesar de servir primordialmente como regra de julgamento, a distribuição do ônus da prova também serviria para promover a igualdade das partes no processo, além de incentivá-las a produzirem provas com maior cuidado e perfeccionismo. Desse modo, a investigação cumpriria sua busca pelo objetivo de verdade sem perder o foco puramente processual de decidir mesmo na falta de prova.²⁰⁶

Partindo desse pensamento, a conformação atual conferida ao ônus da prova assenta-se, em grande parte, no princípio da aquisição processual da prova, pois se a prova pertence ao processo, mesmo que prejudique a parte que a produziu, deverá ser utilizada na construção do juízo de fato para a decisão. Se não há necessária vinculação entre o comportamento da parte e sua atitude de produzir provas, as partes podem ver sua pretensão

²⁰⁴ A responsabilização das partes por suas alegações vêm de muito tempo, sendo considerado um dos princípios mais importantes à disciplina de distribuição do ônus da prova. Desde o brocardo *semper onus probandi incumbit qui dicit* ou ainda da fórmula *necessitas probandi incumbit ei qui agit* se imputa a carga da prova com o objetivo de não incentivar denúncias levianas e aventuras jurídicas. Esses ditos, em si mesmos revelavam uma tendência em preservar o estado de coisas, o que nem sempre pode ser considerado sinônimo de justiça, razão que caracterizou as principais críticas sobre essas construções. LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.94-98. Essas regras prosperaram no processo moderno principalmente por promover uma suposta liberdade das partes em face ao Estado, que não poderia quebrar a intangibilidade dos particulares sem elementos de comprovação; além do que partiria de um conceito de igualdade formal característico das construções ligadas ao liberalismo clássico. MONTEIRO, João. *Theoria do processo civil*. 5ª Ed. São Paulo: Acadêmica, 1936.

²⁰⁵ Chiovenda estabelece os critérios para assinação do ônus da prova a partir de regras que designam aos autores o ônus de comprovar fatos que normalmente produzem efeitos jurídicos e aos réus os fatos cuja ausência normalmente impede efeitos jurídicos, sob a justificativa de que tal distribuição do ônus da prova, para além de satisfazer a função da regra de julgamento, também serviria para promover a igualdade das partes no processo, além de incentivando as partes a produzirem provas com maior cuidado e perfeccionismo. O autor italiano critica construções genéricas para o ônus da prova, mas entende que são necessárias para os casos de não ser possível considerar as circunstâncias que não ressaltem dos autos, devendo respeitar a igualdade das partes no processo. Para isso indica o autor como primeiro obrigado a provar, e somente ante comprovação da plausibilidade de suas alegações o réu poderia provar, não sendo equivocado indicar essa como a matriz do pensamento do CPC. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3ª. Ed. Campinas: Bookseller, v.1, 2002.

²⁰⁶ Leonardo, ob. cit., p. 108.

acolhida independentemente de ter se desincumbido ela própria do ônus. As provas, desde que nos autos, podem embasar o julgamento favorável a quem não as produziu, fazendo com que, nem sempre, o que deixa de agir conforme o ônus sofre o correlato resultado desfavorável no processo.²⁰⁷

Desta feita, o ônus da prova não mais poderia ser identificado integralmente com o conceito de ônus da teoria do direito propriamente, pois – apesar de ser uma orientação nesse sentido – na falta de realização do comportamento prescrito não fica, automaticamente, determinado o sacrifício do interesse perseguido. Ainda assim, tal formulação resolveria o problema sobre a existência do critério de decisão na ausência de comprovações cabais relacionados aos pontos controvertidos da causa. Considerando a dificuldade para decisões irretocáveis mesmo diante de competente investigação dos dados empíricos disponíveis, trata-se de uma regra bastante utilizada cuja necessidade de justificação é reiterada e primordial.

Ocorre que tal regra geral não é adequada para dar conta das diversas situações de direito submetidas a juízo, sem implicar num claro déficit de legitimidade. Nem sempre é correto que as relações jurídicas sejam submetidas a uma regra de ônus da prova que se pauta somente na posição processual das partes, ainda que, em princípio, seja desejável imputar responsabilidade sobre aquilo que se alega. Tanto assim é que há diversas situações designadas como exceção que modificam a verificação da relação jurídica de diversas maneiras para impedir sua incidência.

A regra geral cria uma situação de escolha radical e bastante difícil de justificar quando do julgamento de fato. Ou se está diante de uma proposição altamente provável capaz de subsidiar o convencimento do julgador, ou deve ser aplicada a regra do ônus da prova que ocasionalmente descarta níveis elaborados de confirmação para julgar a causa com base numa regra supostamente equidistante, cujo objetivo seria a pacificação da discussão. Ao se colocar os litigantes de uma questão de reparação civil de danos, por exemplo, nessa situação se está cobrando de modo injustificável mais daquele que move a ação em busca da reparação de danos do que daquele que é processado, sem argumento capaz de subsidiar a regra de decisão.

Isso poderia ser dito do julgamento de uma questão na qual se discute a culpa por um acidente automobilístico no qual o único testemunho não seja considerado apto para subsidiar uma conclusão, não obstante a coerência que demonstra com outras informações

²⁰⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a prova. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 35, jul-set., 1984.

incontestes apresentadas nos autos e a inexistência de questionamentos referentes a sua credibilidade. Não havendo uma situação de alto grau de confirmação capaz de subsidiar o convencimento judicial, a regra de julgamento se dirigiria a uma resolução artificiosa e carente de atenção com aspectos importantes da elaboração jurídica.

A solução concebida tradicionalmente pelo processo, ao se centrar meramente em indagações sobre a verdade da passagem dos dados obtidos à pretensão conclusiva, deixa de considerar que o raciocínio sobre fatos para decidir questões práticas, além de partir da impossibilidade natural de fechamento das proposições epistemológicas, está colocando em jogo, a cada juízo de fato, proteção de bens jurídicos caros à sociedade que precisam ser decididos mediante comprovações, mais ou menos criteriosas, dependendo dos valores envolvidos. É assim que são construídas decisões socialmente relevantes, levando em conta não apenas juízos sobre fatos, mas, principalmente, considerando os riscos que vêm embutidos neles, o que foi ignorado pelo livre convencimento ao apostar, unicamente, em análises epistemológicas dissociadas de avaliações axiológicas.

Ao contrário do que ocorre quando da imposição da regra geral do ônus da prova, outras situações residualmente reconhecidas no direito, identificadas como remanescentes da prova legal, acabam por mesclar ambos os ingredientes como forma de alcançar resultados juridicamente desejáveis. É exatamente isso que se verifica, por exemplo, em alguns casos como aqueles abrangidos pela regra de presunção de paternidade de filhos nascidos ao menos dentre os cento e oitenta dias subsequentes ao estabelecimento da convivência conjugal (CC, art. 1.597, I) ou da solução invertida do ônus da prova em favor do consumidor (CDC, art. 6º, VIII). Ambos os casos significam a proteção de determinados valores considerados desnivelados nas relações jurídicas em que estão envolvidos. Em tais hipóteses, sobre as quais nos ocuparemos mais adiante, buscam suas justificações na convivência harmoniosa desses fatores importantes à decisão jurídica que não podem ser totalmente afastados um do outro sob pena de não alcançar sua legitimação.

Essas regras mostram a necessidade de um fundamento diferente para orientar as decisões nesse particular. Demonstram a necessidade de considerar que o juízo de fato deve ter outros cuidados ao viabilizar uma conclusão, que considere os riscos que pode significar para a proteção de um bem jurídico. O juízo de fato precisa de orientação para ser legitimado, de modo que observe, além dos fatos, a carga valorativa da questão que está sendo discutida, cujas repercussões alcançam também a decisão sobre fatos.²⁰⁸

²⁰⁸ Novamente se remete à excelente caracterização de Schauer e Sinnott-Armstrong das diferenças entre investigações epistemológicas puras e aquelas propostas a questões práticas. Mesmo não trabalhando

§29. Orientações necessárias à decisão sobre fato: exemplo da prova legal.

Conforme patrocínio das construções oriundas do livre convencimento, o juízo epistemológico se limita a explicitar os fundamentos sob os quais defendem a ilação que liga a comprovação de determinados dados à conclusão que pretendem sustentar. Com base nesse esquema, os juízos epistemológicos somente são programados para indagar sobre a validade dessas construções, mas não trabalhar em contextos nos quais, por mais válidos que sejam esses raciocínios, devam responder sobre o grau de confirmação que agregam a resolução de uma questão prática. No direito, não bastam raciocínios válidos ou avaliados favoravelmente na identificação de determinado fato, mas suficientemente confirmados de modo que valha a pena correr o risco de aceitá-lo como premissa de uma decisão.

As figuras 1 e 2, anteriormente apresentadas, que identificam o esquema lógico ao qual se submete o juízo epistemológico em geral, demonstram que tal tipo de argumento apenas se refere a uma construção sobre a fundamentação do juízo de fato, com o objetivo de avaliá-las segundo critérios próprios a cada abordagem. Sem dúvida a racionalidade puramente epistêmica do juízo de fato é centrada na investigação racional daquilo que ocorreu, buscando criar critérios seguros de passagem dos dados colhidos como elementos de prova a conclusões pertinentes ao processo judicial. Embora a construção dessa passagem tenha por característica a abertura à revisão diante de tantas distintas formulações, não há dúvidas sobre a seriedade de suas construções e a firmeza de seus resultados em quaisquer de suas formulações. Tem potencial justificativo mais adequado às formas múltiplas pelas quais se pode ter acesso à realidade do que as formas estáticas preconizadas pelo modelo cognitivo historicamente contraposto da prova legal.

Enquanto o livre convencimento leva ampla vantagem nas possibilidades de verificação dos fatos envolvidos na resolução de uma determinada questão prática, depositou todas as suas fichas nas fórmulas cognitivas as quais geravam uma espécie de tudo ou nada na afirmação de um fato. Como se tentou demonstrar acima, a incidência do ônus da prova seria uma espécie de regra imparcial do fechamento dos juízos de fato, quando este não fosse capaz de alcançar uma resposta por seus métodos. Tentou-se demonstrar que essa parte de decisão de fato em contextos de incerteza não é bem compreendida no sistema jurídico vigente, na medida que não são colocadas em perspectiva

declaradamente com uma diferenciação entre conhecimentos puros e práticos, ainda assim reconhece a necessidade de distinguir as construções de um e outro através da síntese epistemologia social. SCHAUER, Frederick; SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. *The philosophy of law: classic and contemporary readings with commentary*. New York/Oxford: Oxford University Press, 1996.

quaisquer orientações para sua condução senão em casos específicos, como se fosse algo que não estivesse presente em cada uma das manifestações jurisdicionais.

A partir dessa organização da discussão sobre fatos no processo judicial, o livre convencimento parece ser o responsável pela dissociação de formulações epistemológicas e axiológicas na consideração do juízo de fato. Principalmente deixando de lado as reflexões teóricas sobre os limites e possibilidades desse tipo de investigação, afastou-se a idéia de que as comprovações podem ser mais ou menos caracterizadas segundo diferentes medidas que acompanham cada uma das abordagens epistemológicas existentes e principalmente de que deveriam ser orientadas a partir delas. Assim, deixando de orientar sobre os termos exigidos para se sustentar determinado juízo de fato, abre espaço ao subjetivismo de cada julgador a respeito da suficiência de cada conjunto probatório para decidir as questões envolvidas. Sob influência do conjunto de idéias representadas pelo livre convencimento, o direito probatório diminui progressivamente seu espectro, diante da predominância do conteúdo epistemológico no juízo de fato e falha na sua missão principal de promover a legitimidade das investigações sobre fatos no processo judicial.²⁰⁹

O problema que se coloca ao livre convencimento, entretanto, não se punha para a noção de prova legal tal como concebida tradicionalmente. Conforme se afirmou, a prova legal é caracterizada pela concordância acerca de fundamentos do raciocínio de fato capazes de ligar determinada classe de dados a uma conclusão específica. Desse modo, a passagem da detecção de determinados dados empíricos a uma pretensão conclusiva não seria feito por elementos epistemologicamente sustentados ou, pelo menos, não apenas por critérios dessa natureza.

Na prova legal, o fundamento designado para viabilizar a passagem entre dados e conclusões era estabelecido por lei. Caso se tome o esquema lógico proposto como modelo de racionalidade, a regra instituída por convenção funcionaria como garantia do raciocínio (W), ainda que seus fundamentos não tivessem natureza epistemológica. Assim, seria possível afirmar que a regra estabelecida, proposta e discutida em termos abstratos e com força de lei, a um só tempo providenciaria a passagem dos dados à conclusão, mas também

²⁰⁹ A legitimidade das discussões segundo valores democráticos precisa considerar mais critérios do que supõe a livre avaliação da prova apenas segundo propostas epistemológicas. Segundo afirma Alex Stein em relação ao livre convencimento, “ao aludir à liberdade, esse nome quer dizer que a liberação dos investigadores das constrições legais é um passo em direção a um sistema jurídico melhor.” E continua: “Essa crença é nobre, mas infundada. Liberdade de restrições legais pode levar a tirania (judicial ou outra) [...] Assim a investigação judicial é transformada numa inquirição virtualmente irrestrita sobre os eventos passados relevantes. Esse sistema se apoiaria fortemente sobre a avaliação dos investigadores sobre o valor probatório de prova. É senso comum, não o direito, que funciona como seu guia principal.” Daí a identificação de uma onda abolicionista das regras probatórias naqueles que postulam o livre convencimento. Cf. Stein, *Foundations*, p. 109.

estaria estabelecendo que o preenchimento daquele requisito é suficiente para providenciar tal ligação.

Enquanto o juízo epistemológico funciona como uma proposição que é capaz de sugerir diversos graus de confirmação de uma decisão sem dizer o que é suficiente para uma decisão prática, a prova legal poderia até instituir critérios duvidosos para disciplinar essa passagem, mas traria, na previsão legal que a materializava, a noção de suficiência deliberadamente constituída e fundamental para a legitimação das decisões que a tomassem como referência.

O exemplo eloquente das presunções pode apresentar claramente o que se quer afirmar, demonstrando como instrumentos da prova legal tentam evitar o problema do convencimento. Na disciplina do IRPJ, a legislação dispõe claramente que a escrituração de passivo fictício autoriza a presunção de omissão de receita ensejando penalidades ao contribuinte exceto se comprovar a validade da escrituração. A presunção estabelecida atualmente pelo art. 40, da Lei 9.430/1996, indica que é suficiente a imposição de penalidades decorrentes da omissão de receitas a identificação tanto da falta de escrituração dos pagamentos feitos pela empresa contribuinte quanto de escriturações no passivo de obrigações não documentadas. Com isso, cria-se uma regra essencial para os casos jurídicos de que a movimentação de recursos, sem a respectiva baixa nos livros contábeis, vai ser entendida como tentativa de fraudar o recolhimento do tributo, ensejando penalidade. Nessa hipótese, a regra de presunção legalmente instituída tem dois fundamentos concorrentes: de um lado, exige uma identificação empírica de irregularidade na escrituração contábil da empresa; de outro, caracteriza-a como suficiente para a imposição de penalidades legais.

Ao invés de permitir uma construção livre da garantia a partir de razões epistemológicas que poderiam envolver muitos outros fatores, a lei toma um caminho diferente ao disciplinar a caracterização dessa falta e estipular o que será suficiente para viabilizar sua identificação. O mesmo mecanismo estaria presente em construções que encontram pouco espaço no presente, como a diminuição do valor de testemunhos oferecidos por praticantes de religiões não-oficiais, exemplo anteriormente citado, que jamais poderiam ser considerados isoladamente suficientes para embasar uma conclusão definitiva. Embora, nem sempre, a prova legal seja possível ou desejável à construção de mecanismos como esses, a necessidade de indicação da suficiência da comprovação sempre o será na decisão de questões práticas.

Instituir minuciosamente os mecanismos de comprovação tem como intuito assegurar a legitimidade das decisões através do consenso, impedindo dificuldades acerca da

caracterização de determinada previsão legal. Essa solução, entretanto, por vezes não se afigura adequada, seja porque precisa de uma garantia forte para amparar o raciocínio proposto, o que nem sempre é possível, seja porque podem não haver razões suficientes capazes de reunir ao redor de uma regra específica de garantia, correndo o risco de se trabalhar com critérios arbitrários. Isso não significa que não haja outras formas de se orientar o juízo de fato.

Em face dessas observações, é possível defender uma valorização da experiência da prova legal. Não se trata de tentar desacreditar o raciocínio epistemológico nem, muito menos, pregar a superioridade daquele sobre este, mas constatar que naquelas construções, há algo de interessante, que não pode ser ignorado em face dos desafios que a prova jurídica continua a trazer aos tempos atuais.²¹⁰

Dessa maneira, pretende-se estabelecer que os critérios axiológicos são tão imprescindíveis aos juízos de fato quanto as próprias investigações epistemológicas que dominam a noção de livre convencimento. A dissociação entre verdades e valores afasta uma etapa fundamental desse tipo de decisão que trata da discussão sobre a suficiência das provas apresentadas para justificar uma conclusão judicial. Isso estabeleceria fórmula que não problematizaria adequadamente a questão de fato, deixando ao acaso e à arbitrariedade esse aspecto importante da decisão. Não há mais sentidos em manter separados esses critérios.

Mas no que consistem os critérios axiológicos do juízo de fato? Como eles podem ser identificados num contexto de livre convencimento? Qual a importância dos preceitos que veiculam?

Diversas relações jurídicas precisam atribuir proteções desiguais entre os sujeitos envolvidos de maneira a proteger o bem envolvido. Muitas vezes, essa proteção se dá a partir do benefício da dúvida quando da investigação sobre fatos, o que pode ser distribuído de acordo com o grau de proteção atribuída ao bem envolvido. Dessa maneira, em relação ao juízo de fato, essa proteção deve ser justificada de modo a alocar os riscos que uma conclusão pode ter em relação à proteção do direito. Eis o tema do item seguinte.

3.2 Aspectos axiológicos da decisão jurídica sobre fatos: alocação do risco do erro

²¹⁰ Cf. Nota n. 55 no capítulo introdutório que destaca a expressão “engenharia social” empregada por Ennio Amodio para indicar um aproveitamento inteligente da prova legal. Embora a argumentação não seja rigorosamente a mesma do texto proposto, as observações são amplamente equiparáveis em seus objetivos. Cf. AMODIO, Ennio. *Prove legali, legalità probatoria e politica processuale. Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano: Giuffrè, anno XVII, fasc. 2, aprile-giugno, 1974, p. 374.

§30. “*Una sana paura dell’errore.*” Se no livre convencimento o raciocínio epistemológico dissocia verdade e valores na apreciação da prova, concomitantemente deixa que se avalie a suficiência desse raciocínio a partir da força que os fundamentos desse raciocínio agregam a sua conclusão. Isso se dá a partir da confiança nas generalizações ínsitas a cada juízo dessa natureza e na progressiva especificidade de cada investigação, conforme apresentado nos esquemas acima. Nesse contexto, argumenta-se sobre a suficiência da prova apenas a partir da quantidade de alegações que é capaz de confirmar ou contradizer e pela qualidade das evidências utilizadas nessas avaliações.

No caso de um crime de estupro, por exemplo, a suspeita sobre o réu pode ser denunciada com base no reclame da vítima, em testemunhos sobre problemas de temperamento do acusado, bem como, na materialidade consubstanciada num exame de corpo de delito que ateste sinais de agressão física. Diante desses elementos, pode se afirmar que contra a vítima não pesam razões que desabonem seu depoimento, que os testemunhos sobre o temperamento do réu corroboram a denúncia na medida que se acredita ser possível estabelecer o caráter do acusado a partir de informações como essa, além do exame de corpo de delito ter sido corretamente executado. Diante dessa exposição, nada impediria que o raciocínio indicasse um juízo pendente à condenação do réu, considerando a experiência que serve de garantia aos juízos de fato.

Ao proceder com o contraditório e permitir outras versões e elementos de prova a serem produzidos, permite-se a maior individualização disponível e o confronto da versão apresentada com outra, também amparada por elementos de prova. Suponha-se que, no caso fictício apresentado, seja revelado pelo testemunho de vizinhos da vítima que ela havia mantido relacionamento amoroso com o acusado, período no qual o casal tinha o hábito de discutir violentamente e trocar agressões físicas. Tais elementos seriam aproveitados pela defesa para afirmar que os argumentos da vítima eram falsos, pois fariam parte de um plano de vingança da vítima contra uma suposta traição do réu ao tempo em que mantinham relacionamento.

Na defesa, afirmou-se ainda que os envolvidos não haviam praticado atos sexuais no dia do suposto crime, não tendo a perícia sido capaz de precisar o assunto. Além disso, não haveria provas da presença do acusado no local e data do suposto ato criminoso, principalmente ao se considerar que, pelo registro eletrônico do ponto, teria deixado o prédio em que trabalha 20 minutos antes da hora apontada de ocorrência do crime, que era distante mais de 10 quilômetros do local em que teria ocorrido. Nesse caso, entretanto, os

depoimentos seriam desqualificados diante da amizade mantida pelo réu com os depoentes, tendo sido admitidos com ressalvas.

Segundo o modelo de livre valoração das provas, seria preciso avaliar se as inferências proporcionadas pelos elementos de prova recomendariam o acolhimento ou rejeição da pretensão punitiva veiculada pela ação penal.

Sem dúvida seria possível sustentar que as provas constantes dos autos corroboram a acusação na medida que indicam que o réu praticou violência sexual contra a vítima, como também seria possível sustentar a inexistência de contextualização desse crime que impede a condenação. Ambos restringem a tergiversação sobre as garantias oferecidas pelo raciocínio, argumentando em termos de suficiência diante da robustez das provas apresentadas ou não apresentadas e do aporte que oferecem a cada tese. Considerações desse tipo se limitam a avaliar apenas a viabilidade lógica das inferências apresentadas para corroborar as hipóteses e individualizando-as segundo as características identificadas no caso concreto para oferecer uma resposta quanto à ocorrência do fato debatido. Tenta-se construir uma regra empírica que possibilite a comprovação segundo a experiência geral aplicada ao caso concreto, individualizando, ao máximo, os fatores envolvidos para formular teses coerentes.

Entretanto, em nenhum momento há espaço nesse raciocínio para medir o impacto que essas decisões sobre fato podem ter no contexto social, ou se considera que os valores em jogo podem ter importâncias distintas ao ponto de tornarem desejável uma confirmação mais detalhada num sentido em relação ao outro.

O raciocínio sobre a suficiência da prova é algo que depende diretamente de juízos de valor porque, nem sempre, será possível dizer que uma tese considerada epistemologicamente aceitável o será também para o julgamento de uma questão jurídica. Por vezes, mesmo conclusões cientificamente autorizadas não são suficientes para determinar o julgamento da questão jurídica. É cediço na doutrina e jurisprudência que os juízes não são obrigados a observar laudos técnicos, por mais assertivos que sejam em relação ao ponto controvertido analisado, mesmo que fundamentados em técnicas correspondentes ao estado da arte.²¹¹ A discussão sobre a suficiência da prova deve acompanhar critérios que orientem o momento em que será possível considerar a confirmação do fato, que são estabelecidos obrigatoriamente a partir de juízos axiológicos que interferem nesse tipo de decisão.

²¹¹ A não vinculação do juiz à perícia é regra consagrada na legislação processual, seja penal ou civil (CPP, art. 182; CPC, art. 436).

É bem verdade que esses juízos axiológicos não perdem de vista, jamais, a atividade epistemológica. Eles se manifestam no sentido de formar uma régua de medição da atividade epistemológica, sempre usando situações ideais de comprovação como parâmetro para julgar o que se atingiu. Entretanto, somente assim procedem para preservar valores que poderiam ser colocados em perigo se determinadas situações de fato pudessem ser comprovadas como verdadeiras sem elementos adequados para isso.

A necessidade de considerações sobre a racionalidade axiológica do juízo de fato é, assim, inerente ao processo judicial como tentativa de legitimar sua decisão em mais essa dimensão. As decisões jurídicas dependem sempre da preservação de valores positivados que buscam orientar os caminhos a serem tomados na resolução dos problemas que se lhe apresentam. Como é comum a qualquer decisão prática, é preciso considerar a possibilidade de se estar errado, em determinado ponto, e decidir se a fundamentação é suficientemente sólida para se correr o risco daquela decisão.

O discurso prático, que envolve um agir humano e, portanto, uma decisão sobre o que fazer diante de determinadas situações, é algo diferente daqueles que buscam identificar apenas a verdade. Esse tipo de discurso exige um fechamento que o discurso científico, por exemplo, não exige. Enquanto o estudo da História dá espaço e oferece incessantes versões sobre as causas das revoluções burguesas, o processo judicial, que tem como um de seus objetivos a pacificação de conflitos sociais, não pode autorizar o prolongamento de interpretações divergentes sobre um determinado fato. *Daí a importância da consideração de valores que a doutrina do livre convencimento não percebe: ao relegar a avaliação das provas ao raciocínio epistemológico, tal abordagem não possibilita uma noção ideal sobre a necessidade de seu fechamento, limitando-se a insistir sobre a força que cada construção epistemológica atribui às garantias que oferece.*

Falta à discussão das premissas de fato investigadas nesse modelo tópico que relacione sua necessidade de fechamento adequado às construções epistemologicamente justificadas. É fundamental identificar critérios no sentido de conferir à decisão formas de considerar os valores que estão em jogo em cada processo. Mesmo diante de raciocínios epistemológicos livres, a discussão processual pode e deve ser orientada de modo a proporcionar uma decisão legítima.

A premissa de fato, nessa perspectiva, também pode ser objeto de tutela de direitos, buscando maior eficácia na distribuição dos riscos da comprovação por torná-los desiguais entre os litigantes como derivação de características do direito material em discussão. A alocação do risco do erro judicial entre os litigantes passa a integrar um sistema

geral de proteção jurídica, da mesma que vários outros institutos previstos na legislação. Essa alocação de riscos se dá a partir da imposição de graus distintos de comprovação, que são impostos como mínimo a ser satisfeito para se reputar constatado fato relacionado a uma situação jurídica específica.

Tais construções são designadas nesse texto por “*critérios de suficiência*”, que são responsáveis por distribuir o risco que cada parte corre ao litigar em determinado processo, considerando a tutela de direito material envolvida: a proteção destinada a determinado bem jurídico pode corresponder a uma distribuição diferenciada dos riscos de erro judiciário entre os litigantes, protegendo um em detrimento do outro com o benefício da dúvida. Essas disposições sempre terão reflexos diretos na decisão sobre fatos em qualquer caso que se considere.²¹²

No caso anteriormente relatado, é bastante fácil identificar a presença desse critério de suficiência, porque a tradição continental e brasileira considera a norma *in dubio pro reo* dentre os significados do princípio da presunção de inocência e costuma funcionar como uma regra excepcional de convencimento que funciona em paralelo à questão do ônus da prova.²¹³ Essa regra reflete um consenso sobre a proteção indicada, absorvidos de outras fórmulas antigas que dizem ser melhor absolver dez culpados do que condenar um único inocente. Deixando de lado a preocupação com a proporção desses números, indica-se um especial cuidado com a tutela da liberdade das pessoas que acaba se refletindo na decisão sobre os fatos investigados.²¹⁴

²¹² Nesse sentido, a respeito dos “*standards of proof*” como decorrências de construções morais destinadas a alocar o risco do erro Judiciário, cf. Stein, *Foundations*, p.117; 122.

A identificação dos critérios de suficiência com valores envolvidos na tutela de direitos também é identificada por Laudan com clareza na seguinte passagem em que buscava definir os elementos constantes do raciocínio jurídico a respeito do juízo de fato: “Llamo a estos valores quasi-epistémicos porque, aunque ellos se centran (al igual que los valores del núcleo duro) en el control del error, sus motivos no derivan de su relación con la verdad ni con la reducción del error sino de una decisión política según la cual cierto tipo de errores es peor, menos aceptable, que otros.” LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n. 28, 2005, p. 97

²¹³ Knijnik, *A prova*, p. 35.

²¹⁴ “Alla regola di cui sto scrivendo sovrastanno una sensazione di pericolo, la volontà di evitare um rischio, um bisogno di sicurezza che le popolazioni di área occidentale hanno sentito sempre più imperiosamente mano a mano che lo sviluppo della democrazia in tutte le sue forme e manifestazioni diede loro i poteri e i mezzi per rimediare alla paura atavica per gli illimitati abusi del ‘principe’ consumati anche a mezzo della amministrazione di una ‘giustizia’ che tale poteva apparire solo a lui medesimo e ai suoi scherani./ Un bisogno di sicurezza cui ci si rendeva conto che non poteva tuttavia essere sacrificata un’altra altrettanto profonda esigenza: quella difesa della società dai delitti e dalle devianze criminali che costituiscono purtroppo un retaggio della nostra condizione umana./ Il temperamento tra le due esigenze fu trovato ideando dei sistemi giudiziari che, stando alle aspirazioni, rispondessero nella misura più ampia possibile a un solo imperativo: evitare l’errore. Ridotto all’osso il “*meglio dieci criminali in libertà piuttosto che un innocente in carcere*” è riconducibile a un concetto tanto semplice quanto perentorio di cui siamo imposti l’osservanza: “*tutto è preferibile a un errore giudiziale e giudiziario.*” SCHITTAR, Domenico Carponi. *Al di là del ragionevole*

No exemplo apresentado, seja por causa da impossibilidade de comprovar todos os fatos relevantes levantados pelos litigantes ou pela fragilidade das provas efetivamente produzidas, não se pode afirmar que a construção está livre de todas as dúvidas, abrindo caminho para uma decisão contrária à acusação. Ao contrário do que tradicionalmente se sustenta, dessa maneira, o ônus da prova somente tem a possibilidade de resolver a questão de maneira legítima se associado à apreciação dos fatos da causa tem de ser analisada com base nos critérios de suficiência apontados. Essa formulação é parte indissociável da identificação do ônus da prova e faz parte da vinculação que esse tem de modo determinante com o direito material, como se reconhece em suas formulações mais recentes.²¹⁵

Não é somente no processo penal que essa alocação de riscos se faz fundamental. É preciso percebê-la em absolutamente todos os casos submetidos ao processo judicial, mesmo quando sua principal propriedade é não distinguir entre os bens jurídicos em questão, deixando de privilegiar qualquer das partes. Também essa é uma escolha axiológica que tem de ser feita, percebida e respeitada no julgamento de cada processo. Isso será desenvolvido mais adiante, mas, desde logo, é preciso esclarecer que há muitas outras formas de se estipular essa alocação dos riscos. As relações civis entre iguais certamente deve estabelecer outra configuração, assim como há várias outras que desafiam outros tipos de proposição.

Alex Stein correlaciona um antigo caso inglês, datado do ano de 1904, designado por *Winan v. Attourney General*, o qual dá bons indícios sobre os elementos que envolvem o julgamento do processo judicial nesse particular, mesmo quando não é possível pender a balança por nenhum dos litigantes envolvidos.²¹⁶

William Louis Winan era um cidadão americano que foi aconselhado pelo médico a ir morar na Inglaterra, em função daquele país oferecer condições favoráveis ao controle de sua doença. Apesar de obedecer ao conselho médico, Winan sempre deixou claro seu sentimento de preferência por sua terra natal. Com seu falecimento na Inglaterra, criou-se um problema jurídico quando a sucessão de seus bens. Segundo uma lei local, se Winan tivesse domicílio na Inglaterra teria de fazer sua sucessão de acordo com a lei inglesa; caso contrário, a competência se deslocaria aos EUA, como queriam seus herdeiros.

dubbio e oltre: un tentativo di chiarezza sui principi. Milano: Giuffrè, 2008. (Col. Il processo penale accusatorio), p.56.

²¹⁵ Sobre a vinculação da noção de ônus da prova ao direito material, verificar o evolução histórica que o instituto encontra na modernidade na obra de Pacífico, que indica claramente essa tendência nas últimas construções indicadas como referência na tradição continental. Cf. PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman), p. 105 e seguintes.

²¹⁶ Stein, *Foudations of evidence law*, p. 124 et seq.

Ocorre que o conceito positivo de domicílio exigia que o cidadão tivesse firmado e estabelecido propósitos na cidade, indicando a vontade de ficar definitivamente por lá. Assim, a questão do caso girou em torno da prova do domicílio.

O julgamento colegiado na Câmara dos Lordes teve votos amplamente divergentes, embora sejam todos razoavelmente sustentáveis conforme a dogmática vigente à época. A determinação do domicílio passava por uma questão de fato que consistia em especular sobre as intenções do falecido em firmá-lo na Inglaterra ou não.

O primeiro julgador sustentou que o domicílio do falecido devia ser considerado na própria Inglaterra, considerando que seu estado de saúde era terminal e que um retorno aos EUA, apesar de ser uma preferência, não se afiguraria viável. Segundo se sustentou nesse primeiro voto como garantia para essa conclusão seria a generalização de que as pessoas normalmente desistem de esperanças não realistas, o que contribuiria para afirmar a fixação do domicílio em solo inglês.

O segundo julgador enfatizou a personalidade nacionalista do falecido e seu sentimento de saudade de sua terra e das coisas que a envolviam, o que indicava sua vontade de voltar para casa. As provas apresentadas indicariam essa tendência, utilizando-se como garantia definitiva a generalização de que aqueles que têm o perfil de personalidade igual ao do Sr. Winan, não desistem de seus mais ardentes desejos. Sendo clara a indicação do patriotismo e desejo de retorno demonstrado pelo falecido, não se poderia considerar domicílio do autor a Inglaterra, impedindo a caracterização da competência daquele país para processamento da sucessão.

O presidente da câmara acabou proferindo o voto condutor, aplicando a regra do ônus da prova com base na ausência de elementos adequados. Para motivar sua decisão, afirmou o seguinte: *“Devo admitir que... a conclusão que cheguei é que não posso dizer que posso chegar a uma conclusão satisfatória de modo algum; mas a lei me alivia do embaraço que de outra forma me condenaria a resolver de um problema insolúvel, pois me direciona ao julgamento contra aquele que suporta o ônus da prova.”*²¹⁷ Esse posicionamento, que seria considerado normal para a aplicação do ônus da prova na prática brasileira contemporânea, por exemplo, não justifica em absoluto sua conclusão.

Como esse, vários outros casos estabelecem cenários de fato equivalentes tornando a análise epistemológica inapta para a decisão diante de insuficiência de informações para determinar o que ocorreu. As decisões impostas sempre precisariam

²¹⁷ Ibid., p. 124

justificar a impossibilidade de decidir no contexto apresentado, estimando a falta de outras provas possíveis e a ambivalência daquelas apresentadas entre as teses contrapostas. Não sendo possível sustentar que nenhuma das teses concorrentes é epistemologicamente garantida, seria impossível resolver legitimamente a questão senão a partir do raciocínio axiológico característico das decisões práticas.

Assim, a insuficiência do raciocínio epistemológico desafia o processo a julgar de modo legítimo mesmo à impossibilidade de um juízo razoável sobre a verdade. Segundo se sustenta, a solução deve passar por critérios axiológicos que nem sempre são levados em conta na concepção do ônus da prova. Não basta que a lei identifique sobre quem recairá o ônus da prova, sendo fundamental que essa opção encontre amparo na alocação do risco conforme o direito material.

Com isso, é preciso observar dois diferentes níveis de discussão envolvidos no juízo de fato. Um primeiro, no qual são utilizados expedientes investigativos de levantamento de dados e discussão do que significam em relação à causa. Em seguida, outro momento em que se avalia se o material produzido foi suficiente para descartar outras hipóteses, identificando quem deve ser responsabilizado por essa falta, justificando-se o porquê. Nesse segundo momento, não mais se fala em verdade. Fala-se em quem deve suportar a decisão que necessariamente terá de ser benéfica para um e, na mesma proporção, maléfica para outro, um verdadeiro jogo de soma zero. Não há mais qualquer questão epistemológica a ser resolvida, mas axiológica: qual posição jurídica essa decisão deverá beneficiar, aquela defendida pelo autor ou a outra sustentada pelo réu? A decisão escolherá apenas uma dentre duas alternativas quanto ao juízo de fato: ou é suficiente para ensejar a pretensão veiculada pelo autor ou não.

No caso concreto relatado, a decisão não justificou seus fundamentos, senão fazendo correspondência entre o caso e a letra da lei, mas não se pode aplicar tal regra sem recorrer a justificativas axiológicas para serem aceitas, sob pena de condenar a decisão à arbitrariedade. Dentre as diversas formas possíveis de alocar o risco, talvez a alternativa do caso concreto tenha sido, ainda que acidentalmente, a mais aceitável para o direito material envolvido.

A discussão envolvida dizia respeito à competência jurisdicional para processamento do caso concreto, inexistindo na dogmática qualquer razão para preferir uma parte em detrimento da outra. Ambas as partes teriam seus interesses considerados de maneira equivalente, a Coroa britânica à cobrança suas taxas, os herdeiros americanos à partilha. Considerando do pressuposto de que não se reconheceu primazia a qualquer das

situações jurídicas, não seria possível atribuir uma alocação de risco em privilégio de quaisquer das partes, sendo considerado igualmente repartido entre elas.

Essa noção de igualdade é bastante importante. Na ausência de razões para preferir o autor sobre o réu ou vice-versa, essa igualdade tem um forte apelo intuitivo para que os riscos sejam distribuídos de forma equitativa entre os litigantes. Por classificar o caso sob a doutrina do ônus da prova, a alocação do risco de erro entre a propriedade de Winan e a Coroa, considerando a fórmula equilibrada para o caso.

Ocorre que, tradicionalmente, não se identifica essa justificativa para o caso. Com base na regra geral de ônus da prova, diversos casos que indicam diferentes manifestações da alocação de risco deveriam ser resolvidos de maneira distinta e acabam não sendo adequadamente identificados por não serem ligados a essa justificativa.

A alocação do risco pressuposta para o caso se alinha com a tradicional compreensão das relações jurídicas cíveis que impediam a preferência entre partes formalmente iguais. Talvez por isso tenha sido pressuposta na decisão. Entretanto, tal fator é fundamental para a justificativa da decisão analisada para aplicação da regra do ônus da prova: somente por causa da alocação do risco do erro de modo absolutamente igual justifica a aplicação da regra daquela maneira.

Somente a partir da identificação da distribuição equitativa do risco entre os litigantes, se pode aplicar o ônus da prova apenas com base na posição das partes na argumentação processual, tal como se concebe dentre as técnicas de carga de argumentação, mas são cada vez mais importantes e mais numerosas às situações em que essa distribuição segue orientações distintas. Não sendo esse o caso Winan, embora a aplicação do ônus da prova não tenha sido justificada adequadamente, sua decisão foi correta: uma vez que foi o *Attorney General* quem propôs o incidente, a questão foi julgada em favor dos herdeiros e o processo remetido aos EUA.

Esse acerto accidental acontece várias vezes diante da frequente distribuição equitativa das chances de erro ante à natureza de distintas relações jurídicas, abrindo caminho para uma decisão que se pauta, exclusivamente, na posição das partes no processo. Não são poucas as situações em que o ônus da prova encontra afirmação correta em nosso direito apesar de não ser adequadamente discutido, mas essa abordagem fortuita da matéria não condiz com a legitimação exigida pelo processo judicial, deixando de oferecer respostas adequadas aos problemas fundamentais da decisão sobre fatos nesse particular. Talvez isso se explique pela grande abrangência que o direito civil teve em termos históricos na regulamentação das relações sociais entre indivíduos iguais, como reflexo da teoria política

liberal clássica que buscava nessa interpretação das relações sociais seu fundamento de justiça.

Não obstante fique esse caso sendo útil para se verificar a necessidade de distribuição dos riscos em absolutamente todas as decisões que envolvem ônus da prova, não mostra todas as funções dos critérios axiológicos de suficiência, pois nele as provas avaliadas sequer chegaram ao nível de preponderância requerido nesses casos. Ou seja, nenhuma das versões apresentadas foi, minimamente, confirmada ao fim da instrução, não ultrapassando comprovação que a tornasse “mais provável do que improvável”. As versões apresentadas eram apenas possíveis, como muitas outras poderiam ser apresentadas. Ainda assim, o exemplo é válido para mostrar que, mesmo diante da mínima atividade probatória, esse raciocínio é devido para justificar a decisão. Os critérios axiológicos estão sempre presentes nas decisões de fato ao orientar o grau de verificação sob o qual os fatos devem ser comprovados e, a partir dessa resposta, estruturar as regras de decisão a serem observadas.²¹⁸

Há quem afirme que todas regras da prova contam com esse cálculo axiológico desde a disciplina da formação do conjunto probatório, sendo o elemento característico das regras sobre prova.²¹⁹ Embora não se duvide dessa conclusão, não há a necessidade de ir tão longe nessas páginas, aceitando a construção do referido autor apenas quanto a necessidade de identificação de uma etapa de consideração da suficiência das provas de maneira a alocar o risco do erro e proporcionar uma decisão prática responsável. O processo tem de respeitar

²¹⁸ “*In Winan, under the principle requiring that the claimant and the defendant should have equal shares in this risk, the case could be deemed balanced. In the absence of reasons preferring the claimant over the defendant, or vice versa, this equality principle has a strong intuitive appeal. The strength of this appeal, however, must not obscure its nature, as it probably did in Winans’s case and, presumably, in many other cases as well. This appeal is moral and political, rather than epistemological. By classifying the case as falling under the burden-of-proof doctrine, the Lord Chancellor allocated the risk of error between Winans’s estate and the Crown in a balanced way. This allocation of the risk aligns with common sense.*”(sic). Stein, *Foundations*, p. 127.

²¹⁹ Esse problema começa ao admitir ou excluir provas a formação do conjunto probatório. Decisões de exclusão também refletem no risco de erro. Da mesma forma, uma prova pode distorcer a verdade e impor o risco do erro ao oponente. Também a admissão gera lacunas epistemológicas. Gera problemas de credibilidade que muitas vezes não há informações para resolver. Escolher entre as duas formas de lacuna é também algo que somente se resolve pela alocação do risco.

Alocação do risco do erro é ampla no direito probatório. Investigadores alocam esse risco moldando a base probatória sobre a qual se determina a probabilidade das alegações das partes. Alocam o risco do erro quando determinam essas probabilidades em condições de incerteza. O ônus da prova diz aos investigadores como alocar o risco do erro na base de probabilidades já determinadas. Mas essas regras não dizem como determinar as probabilidades.

A epistemologia faz estimativas de probabilidade e determina os pesos relativos das provas apresentadas para isso. Mas não se referem aos critérios mínimos relacionados ao peso probatório (quantitativo ou qualitativo). Nem distinguem sobre o risco aceitável ou inaceitável de erro sobre os fatos analisados. Não é trabalho da epistemologia agregar consequências da adjudicação a seus preceitos. Cf. Stein, *Against free proof*, p. 584 et seq.

seus próprios limites e equilibrar seus institutos de modo que preservem a legitimidade de seus comandos. “*Una sana paura dell’errore*”, um medo saudável do erro, é essencial para que alcance esse objetivo.²²⁰

§31. *Proposta de esquema de argumentação sobre fatos.* Nas linhas apresentadas acima, apresenta-se, de forma um tanto pressuposta, uma diferença entre a reflexão epistemológica e a reflexão prática, com o propósito de distinguir entre os objetivos tradicionalmente assinados para as duas matérias, verdade e ação.

Essa diferença vem sendo essencial para identificar necessidades da decisão sobre fatos no processo judicial que, até então, a tradição jurídica continental não vinha sendo capaz de compreender adequadamente. Nessa distinção, identificou-se a necessidade de amparo axiológico ao fechamento das decisões em termos bastante distintos daquele considerado para o raciocínio meramente empírico. A identificação desse duplo fundamento para questões práticas decorre de uma observação do conteúdo que a ação envolve quando da decisão, características válidas também para a decisão judicial.

Para indicar essa diferença, é bastante útil a utilização de dois tipos de esquemas argumentativos propostos por Toulmin, aos quais se inicia a referência no item 2.3 acima.

Na oportunidade, foi apresentado o esquema básico de argumentação proposto pelo autor inglês, para fazer uma alusão ao raciocínio epistemológico usado nos processos judiciais que buscavam a verdade dos fatos com base apenas nas diversas fundamentações oferecidas por doutrinas epistemológicas divergentes. Com isso, por mais que essas doutrinas propusessem graus diferentes de confirmação, esse elemento acabava não sendo determinante na demonstração do raciocínio, porque ligado, exclusivamente, à força das garantias oferecidas para se passar dos elementos de prova à conclusão. Tanto essa impressão é verdadeira que esquemas de indicação do raciocínio probatório dificilmente especificam a fase em que se faz necessária a identificação do grau de comprovação como ponto fundamental da decisão jurídica sobre fatos.

Para os propósitos do trabalho é importante sublinhar que o juízo meramente epistemológico se circunscreve à análise das garantias que oferece da passagem da premissa à conclusão, sem considerar a presença de outros controles que influenciem na sua afirmação.

²²⁰ Schittar, ob. cit., p. 53-80.

Nesse particular, é especialmente valiosa outra contribuição de Toulmin por meio da qual propõe outro esquema argumentativo com o objetivo de atento a questões que excedem a validade lógica da decisão. Esse outro esquema avalia situações em que a passagem dos dados à conclusão apenas com fundamento na garantia muitas vezes não reflete fielmente a descrição da estrutura geral de argumentação. Na perspectiva dos argumentos normalmente sustentados, muitas vezes as garantias não têm significado de passagem necessária e obrigatória entre dados e conclusão; é preciso identificar que sempre há um grau de força que essa garantia pode sustentar nos enunciados nos quais opera.

Toulmin defende, nesse segundo tipo de argumento, a incidência do que chama de qualificador, como elemento descritivo que capta a necessidade de verificar qual o grau de sustentação que aquele raciocínio goza. Juntamente com esse elemento do raciocínio também considerou adequado identificar, em seu esquema argumentativo, as condições de refutação dos dados e garantias oferecidas como embasamento para se sustentar a conclusão. Esses elementos não apenas visam a conferir uma descrição mais precisa das etapas da argumentação, mas a construção de um modelo argumentativo que percebesse a importância que tais elementos ganham em face de novas construções epistemológicas e ao considerar alguns contextos específicos de argumentação.²²¹

A estrutura básica do esquema adota a seguinte composição, que apenas inclui novas peças à antiga formulação:

Esquema 3 – Inclusão de elementos axiológicos na argumentação sobre fatos (adaptado).
Fonte: TOULMIN, Stephen Edelston. *Os usos do argumento*. Tradução de Reinaldo Guarany. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 146.

²²¹ Toulmin, ob. cit., 144-145.

O novo esquema de argumentação teria a pretensão de estar mais de acordo com seu uso e, talvez o objetivo principal de Toulmin, mais de acordo com a consistência lógica daquilo que se afirma. Um dos principais usos que o autor faz desses dois esquemas de argumento é utilizá-los respectivamente para diferenciar argumentos analíticos de argumentos substanciais. Segundo afirma, os argumentos analíticos são aqueles formados a partir de tautologias, nos quais os dados e garantias admitidos contém em si a própria conclusão, não envolvendo adição de conhecimento, mas apenas explicitação daquilo que já é aceito de antemão. Por outro lado, esse outro argumento refletiria um passo substancial não contido nas informações aceitas, sendo necessário justificar, e não apenas explicitar, as razões da conclusão. O objetivo dessa diferença parece ser afastar a forma essencial dos argumentos do paradigma lógico analítico e aproximá-lo da fórmula substancial, sem negar o lugar de cada um no cenário epistemológico.²²²

Embora o uso desses argumentos, pelo autor inglês, tenha um propósito específico em sua obra, pretende-se aproveitá-lo com uma finalidade distinta e mais apropriada para os objetivos do trabalho. As diferentes fórmulas de argumento servem aqui para designar a distinção que se propõe entre argumentos que orientam sobre a suficiência necessária para a determinação de um fato, daqueles que não apresentam essa propriedade. Acredita-se que essa apropriação dos referidos esquemas é possível, sendo identificados mesmo na literatura filosófica outros usos significativos para elas.²²³

Diante da apropriação desse segundo esquema de argumentação de Toulmin, fica consideravelmente mais simples ilustrar e defender as modificações propostas no juízo de fato com um amparo lógico bastante interessante. Esse esquema permite que se identifique uma etapa do raciocínio jurídico que não pode ser identificada nas construções apresentadas pelo livre convencimento como tradicionalmente concebido. Não se trata apenas de verificar a impossibilidade estrutural dos juízos epistemológicos alcançarem a verdade, embora isso também possa ser depreendido do esquema. Trata-se de identificar um outro campo de atividade normativa a ser estruturada pelo direito, na medida que reflete preocupações importantes e exerce função essencial na legitimação das decisões sobre fato.

O elemento designado por qualificador (Q) representa graficamente uma importante etapa desse tipo de argumento em que se encontram o epistemológico e o axiológico. Os argumentos de verdade sugerem o grau de confirmação que o argumento, como um todo, acrescenta à conclusão. Por outro lado, identifica, com precisão, a etapa do

²²² Ibid., p.202-207

²²³ Ibid., p. 193-195

argumento em que devem incidir normas de distribuição do risco envolvido e a relação que estabelece com os outros elementos de valoração e decisão. Não se trata de um esquema que apenas descreve o argumento, mas de relacionar, de maneira correta, os seus elementos e suas etapas de desenvolvimento.

O elemento qualificador (Q), assim, concentra não apenas a avaliação da força do argumento proposto, mas também a norma que regula a medida de comprovação que se espera que o argumento atinja para firmar a premissa de fato, dado o direito material em debate. É exatamente nesse ponto que o juízo epistemológico de questões práticas como aquelas submetidas ao processo judicial encontram sua parcela de contraste valorativo que provêm novos rumos à decisão. Essa parcela deve ser obrigatoriamente considerada, ainda quando estabelece não haver preferência na distribuição do risco entre os litigantes. A justificação da decisão de fato passa, em primeiro lugar, antes mesmo da consideração dos fatos, por essa questão axiológica que o direito internaliza explicitamente ou não em seu discurso dogmático.

Estabelecido que esse esquema desempenha uma função útil para a empreitada desse trabalho em identificar as parcelas valorativas que a decisão de fato envolve, e a necessidade de sua discussão para promover decisões legítimas, exemplos se tornam valiosos para vislumbrar a proposição apresentada. Aproveita-se a oportunidade para introduzir algumas diferenças que podem surgir nesses debates pouco abordados pela tradição continental, inclusive brasileira. Diversos casos apresentam dúvidas sobre como se distribuir os riscos envolvidos na decisão de direito material.

Considere-se um caso comum em que Tício cobra de Caio uma dívida contratual. Ambas as partes são consideradas iguais e apresentam testemunhos como prova para respaldar suas versões. Considere-se que as testemunhas chamadas por Tício não foram desacreditadas e apresentaram versão coerente dos fatos entre si, mas confirmavam apenas uma parte da versão do autor. Quanto a Caio, uma das testemunhas que chamou foi contraditada por suspeição, a outra apresentou depoimento que confirmava a versão de Tício na mesma parte que as outras testemunhas o fizeram. Ocorre que todos os testemunhos se referiam apenas a confirmar as consequências do suposto ato ilícito que teria sido praticado por Caio de modo que a prova se reportava ao ponto controvertido mais significativo, mas não comprovavam definitivamente o ocorrido havendo margem considerável de questões em aberto. A instrução terminou nesse ponto com a indagação sobre a responsabilidade de Caio pelo ato ilícito.

O exemplo poderia ser bem representado nesse segundo esquema argumentativo de Toulmin:

Esquema 4 – Exemplo de argumentação sobre fatos no direito.

A questão sobre a decisão, nesse caso clássico, não passa somente pela questão de quem deve suportar o ônus da prova. Passa, principalmente, pela consideração do que pode ser considerado para o caso prova suficiente. Somente depois se pode apelar para a regra de ônus da prova para decidir a questão.

Entretanto, a decisão sobre o critério de suficiência não encontra uma só resposta em todos os ordenamentos, ou seja, não é uma questão que se imponha por si mesma como se evidente fosse. Isso fica bem claro, ao se comparar a solução aplicada nos países de tradição continental com aquelas da tradição do “*common law*”.

Em geral, tratando o objetivo das investigações judiciais e os critérios de suficiência como a mesma coisa, a tendência desses países de tradição continental, como o Brasil, seria negar a pretensão do autor. Isso porque seria possível supor que o conjunto probatório e os argumentos de prova levantados a partir deles não teriam atingido nível de “moderada certeza” ou “convencimento” sobre a prática de ato ilícito por Caio. A motivação da sentença poderia ressaltar que, apesar das provas indicarem que é mais provável que Caio tenha cometido o ato ilícito do que o contrário, não poderiam condená-lo sem evidências que indicassem uma confirmação do assunto.

Se essa situação se verificasse nos EUA, essa questão seria resolvida de forma diametralmente oposta e a decisão poderia julgar pela procedência da ação de Tício.

Considerando o critério de suficiência chamado prova preponderante, se o mesmo juiz analisasse o caso e identificasse que seria mais provável que Caio tenha cometido o ato ilícito do que o contrário, ele seria obrigado a dar ganho de causa para Tício. Observe-se que não se trata de um duelo de provas sobre quem apresenta a melhor, nem de se aceitar comprovações sem uma base probatória significativa, mas de aceitar que, mesmo na falta de certezas, a decisão pode alterar o *status quo* com base em exigências bem menores, por não amparar uma distribuição do risco desequilibrada entre autor e réu nessa situação.

A discussão sobre esse problema é muito importante porque é uma peça presente e decisiva para todas, absolutamente todas as decisões em matéria de fato. Se essas razões servem para comprovar que a decisão jurídica em matéria de fato inclui juízos axiológicos e que esses são entrelaçados com as investigações probatórias realizadas, é fundamental que tais critérios sejam identificados, discutidos e debatidos nos processos judiciais. Por isso que a disciplina da prova não pode prescindir desses elementos que ora se tentam ressaltar a importância e identificar sua estrutura na racionalidade do juízo de fato e na própria dogmática jurídica.

§32. Alocação dos riscos de erro no processo judicial. §36. Alocação dos riscos de erro no processo judicial. O raciocínio proposto não constitui novidade alguma ao se considerar o universo das decisões práticas, nem tampouco para o processo judicial que o percebe intuitivamente. Como foi visto, esses elementos axiológicos são tidos em diversas situações e ajudam o raciocínio a chegar a uma decisão. No direito, ficou claro que as decisões em matéria de fato sempre devem levar em conta essa fórmula para garantir mais um plano de argumentação que pode ajudar nesse tipo de decisão.

Quando se analisa a diferença entre as tradições jurídicas ocidentais em matéria de fato, afirma-se que reside precisamente na consideração desse campo de argumentação, o qual seria considerado pelos ordenamentos de “common law” e não pelos filiados a tradição continental. Segundo Garapon e Papadopoulos, os ordenamentos incluídos no primeiro grupo seriam diferenciados justamente por buscar nesse tipo de argumento o objetivo central de suas construções. Afirmam literalmente que a preocupação principal dessas construções se refere “a repartição igualitária dos riscos entre as partes e a adaptação de suas ferramentas processuais à complexidade do real, sempre levando em conta a moralidade política que fundamenta o domínio das disposições jurídicas.”²²⁴

²²⁴ “[...] la préoccupation majeure d’un juge de l’aire culturelle de common law semble être la répartition équitable des risques entre les parties et l’adaptation de ses outils procéduraux à la complexité du réel, tout en

Entretanto, é de se questionar se essa consideração do risco é uma característica específica do raciocínio continental. Conforme visto, esse campo de argumentação sempre foi considerado dentre os raciocínios práticos, levando em conta o grau de confirmação que as versões sobre o ocorrido oferecem. Também o direito, qualquer direito, pode ser lido a partir desse viés, caso parta do princípio de que a comprovação se dá em diferentes níveis e que ela pode ser um fator importante para tutelar um direito.

Se for assim, nada mais justo do que repartir de forma adequada os riscos do processo judicial também nessa dimensão. É exatamente isso que ocorre quando são reconhecidos princípios como a presunção de inocência, de boa-fé, de veracidade dos atos administrativos, dentre outras. O problema é que, ao não se estudar tais institutos dessa perspectiva, tais instrumentos continuarão sendo elementos secundários e não decisivos na prática forense, como são encarados na atualidade.

É preciso reconhecer que os custos humanos e sociais das decisões jurídicas podem ser diferentes considerando o direito material ao qual se referem. Os direitos envolvem diferentes relações de peso entre os agentes envolvidos, diante do bem jurídico que disputam. Numa relação civil patrimonial tradicional, como referente a indenização por ato ilícito de um indivíduo contra outro, os riscos da decisão parecem ser simétricos em todos os aspectos, não sendo possível impor a uma parte a responsabilidade de comprovar de maneira altamente confiável sua versão, sob pena de criar dificuldades injustificadas em relação a proteção merecida. Mas de outra parte, há inúmeras relações assimétricas em que é lícito atribuir aos envolvidos cargas distintas de intensidade de comprovação, diante do intuito de proteger das dúvidas, em maior medida, um bem jurídico. Assim ocorre no caso penal em que a privação da liberdade de um indivíduo é considerada dramaticamente mais importante do que a condenação de um culpado, fazendo com que a balança da comprovação dos fatos penda em favor dos indivíduos, legitimando o postulado da presunção de inocência.²²⁵

Esse motivo de consideração do risco, vinculado ao raciocínio prático, parece ser muito mais convincente do que a explicação a partir das diferenças entre os sistemas jurídicos. Aliás, não há justificativas aparentes que sustentem essa diferença exceto por uma

tenant compte la moralité politique sous-tendant le domaine du droit considéré.” GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS. *Juger en Amérique et en France: culture juridique française et common law*. Paris: Odile Jacob, 2003, p. 135-136.

²²⁵ Sobre a assimetria das posições jurídicas no processo penal em relação a comprovação dos fatos (especificamente em termos de comparação de recursos de comprovação do Ministério Público e dos indivíduos, critério do qual se discorda), Cf. UNDERWOOD, Barbara D. The thumb on the scales of justice: burden of persuasion in criminal cases. *Yale Law Journal*, n. 86, 1977, p. 1299 et seq.

confiança desmedida sobre os mecanismos de cognição que definitivamente não combinam com o cenário de recursos escassos natural a todos os processos judiciais, destinados a decidir ainda que diante de dúvidas mais ou menos justificáveis. O risco parece ser inevitável a qualquer decisão dessa natureza também como tendência sociológica ante os perigos apresentados pela sociedade contemporânea.²²⁶

Essa visão não pode ser dissociada das relações processuais, as quais também tem a natureza prática considerando serem voltadas a decisão e certamente envolvem jogos de risco em termos de construção de sua premissa fática. A percepção da disciplina das chances de comprovação a partir de relações de simetria é uma decorrência dessa perspectiva e não encontra óbices em nenhum elemento do direito de tradição continental. Quando muito, a análise das relações de igualdade entre as partes nos processos que envolvem diferentes direitos materiais é precisamente a mesma, compensando-se a importância atribuída a determinados bens jurídicos nos processos em que são tutelados. Basta conferir, por exemplo, as diferenças identificadas nos institutos do direito processual do trabalho para compensar as desigualdades entre empregados e empregadores.

A relação de simetria entre os litigantes acerca de um bem jurídico e sua transposição para o processo em forma de distribuição do risco do erro judiciário na decisão sobre fatos entre as partes se assemelha a uma situação de soma zero em torno das chances de comprovação das versões apresentadas. Relacionar tal conceito a situação significa que quanto mais encargos se atribuir a um jogador em termos de comprovação menos se atribuirá a outro. Os graus de comprovação são impostos por meios de regras identificadas por critérios de suficiência, que cumpre o papel de atribuir de maneira coerente com a proteção jurídica a distribuição do risco favorecendo, por óbvio, aquele que defender o bem jurídico mais protegido.

No caso do processo do trabalho, por exemplo, é de se sustentar que o trabalhador gozará de moderada vantagem em relação ao empregador quando da comprovação de suas versões, pois corre contra este os riscos da avença por imposição legal do chamado “princípio protetivo”²²⁷.

Esses critérios de suficiência serão objeto da parte II do trabalho, onde será verificado como parte de estratégia que consagra ao direito o papel de distribuição do risco,

²²⁶ Sobre o ponto especificamente relacionado a tendência sociológica da consideração do risco na atualidade, cf. Parte II, Item 1, §§ 1-4.

²²⁷ “O princípio da proteção deriva da própria razão de ser do processo do trabalho, o qual foi concebido para realizar o Direito do Trabalho, sendo este ramo da árvore jurídica criado exatamente para compensar a desigualdade real existente entre empregado e empregador, naturais litigantes do processo laboral.” LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 73.

especificamente naquilo que concerne à prova. Trata-se de elemento que regulamenta os qualificadores (Q) da argumentação, fazendo com que nele se encontrem a previsão axiológica e a avaliação epistemológica feita sobre as versões fáticas apresentadas no processo. Ante essa alternativa, a argumentação em matéria de fato agrega mais um componente indispensável que não apenas decorre de aspectos culturais de uma tradição jurídica, mas é imprescindível diante dos pressupostos assumidos nesse trabalho que de forma alguma soa estranho para as idéias as quais os sistemas de tradição continental, como o brasileiro, tomam como basilares.

3.3 Se as considerações axiológicas sobre o juízo de fato são tão importantes, porque foram tão negligenciadas?

§33. *Origens da diferença de abordagem dessas considerações.* Apesar de toda importância que a construção apresentada indicou em relação aos valores no âmbito do raciocínio de fato, certamente não foram desenvolvidas da mesma forma nas diferentes tradições jurídicas ocidentais. As razões disso poderiam dar pistas sobre a pouca importância que esses critérios tomaram em grande parte dos ordenamentos jurídicos modernos. As explicações para isso são várias, mas, antecipa-se, não infirmam as razões acima apresentadas de que um controle axiológico sobre o juízo de fato é indispensável a legitimação de decisões práticas sobre fatos.

Dentre as diferentes teses apresentadas para destacar a não utilização histórica desse tipo de instrumento no cenário institucional da tradição continental do processo judicial, é de se ressaltar que são identificadas a partir de diferentes percepções do conceito de verdade.

Segundo destacam Garapon e Papadopoulos, abordagens culturais de cunho religioso foram amplamente refletidas na consideração dos conceitos de prova e verdade nas duas tradições jurídicas. Clermont, por outro lado, indica que o impacto das noções de probabilidade constituiriam, a partir do século XVIII, apropriações distintas do procedimento de determinação da verdade. Embora as explicações não sejam exatamente convergentes em pontos fundamentais, ambas as explicações identificam a mesma causa para as diferenças institucionais reportadas nesse texto. É preciso destacar, entretanto, que tais recursos históricos explicam, mas não justificam a ausência de considerações axiológicas nas decisões sobre fatos. Em nenhum momento dirigem críticas a esse tipo de racionalidade, limitando-se a explicar fatores que podem ter contribuído para que os arranjos institucionais dos processos fossem construídos de maneira dispare.

§34. *Diferentes considerações sobre a verdade.* O ponto de partida para a proposta de relacionar religião e direito é sempre identificado nas grandes diferenças existentes entre as organizações sociais surgidas dentre os Estados influenciados por cultura católica ou protestante, onde os primeiros seguem uma linha de maior centralização do poder político e os segundos trilham o caminho contrário. Diz-se que a estruturação das instituições dentro desses parâmetros é especialmente verdadeira em relação à investigação sobre fatos em cada um desses contextos. Segundo se afirma “onde a cultura jurídica romanista procura a *substância* da verdade tentando estabelecer um relato oficial por meio do pronunciamento de julgamento pelo magistrado, a cultura jurídica da *common law*, ao contrário, organiza o confronto de duas versões para fazer triunfar publicamente o relato mais verossímil.”²²⁸

Os Estados, vinculados à tradição católica, foram aqueles que assumiram uma organização jurídica civilista. As instituições estatais sob essa influência foram marcadas pela centralização da Igreja em todas os segmentos da vida social, especialmente no monopólio que exercia da doutrina da fé, negando a possibilidade de outros caminhos válidos à salvação da alma. Assim, desenvolvem um conceito de autoridade forte e salvadora, das quais os fiéis dependem para orientação de seus caminhos a partir de leis morais e investigações próprias a partir de sua privilegiada condição de representante exclusivo de Deus dentre os homens.

Não custa para entender que, do lado católico, a herança cultural criou um juiz como um representante do Estado considerado como investigador e fonte definitiva da verdade, num conceito de autoridade equivalente àquela exercida pela Igreja. O processo, dessa maneira, seria desenvolvido em torno dessa autoridade central, refletindo esse conceito de autoridade central na figura do juiz, intérprete último da lei e da verdade que deveria ser munido das informações sobre determinado conflito para solucioná-lo de cima para baixo. Diante de tal autoridade, não seria qualquer absurdo pretender que a verdade sobre o direito e sobre os fatos fosse alcançada e legitimada pelo pronunciamento oficial.

As características específicas da doutrina protestante, especialmente quanto a autonomia do indivíduo e sua relação direta com o próprio Deus, tiveram consequências bastante significativas para a organização política e o exercício da autoridade nos Estados

²²⁸ “[...] là où la culture juridique romaniste recherche la substance de la vérité en tentant d’établir un récit officiel au moyen du prononcé d’un jugement par un magistrat, la culture juridique de la common law, au contraire, organise la confrontation de deux versions pour faire triompher publiquement le récit le plus vraisemblable.” Garapon; Papadopoulos, ob. cit., p. 123.

que estiveram sob sua influência. No cenário protestante, ante essas características, a noção de autoridade central perde sentido em função de doutrinas livres sobre a concepção dos textos cristãos, liberando os fiéis a aderir a qualquer delas e horizontalizou o acesso à fé. O mesmo ocorreria com as relações sociais, as quais não mais buscariam a legitimação na autoridade, tendo que reorganizar sua estruturação em torno da igual autonomia de todos os seus componentes.

Resulta desse cenário uma tradição jurídica bastante diferente daquela verificada sob a influência católica. A perda da referência da autoridade central desloca as possibilidades de legitimação à adesão individual a todas as resoluções jurídicas, passando a ver, na lei, uma imposição perigosa à autonomia. As investigações sobre o direito e sobre os fatos não mais poderiam depender do papel centralizador do juiz, encontrando, em outras fórmulas, seu caminho para a legitimação, não somente através da instituição do júri.

No caso específico da investigação dos fatos, a cultura protestante valoriza mais o emprego de métodos adequados para analisar os elementos de prova do que a revelação de uma verdade definitiva. Eis porque são criados procedimentos de teste das versões concorrentes para que se verifique qual poderia ser considerada mais verossímil por um colegiado de outros indivíduos que teriam legitimação da experiência prática do homem comum para decidir, preservando a negação da primazia da autoridade e a horizontalidade das relações sociais baseadas no indivíduo.

Segundo Garapon e Papadopoulos, essa construção de versões verossímeis tenderia a reconhecer diferentes graus de confirmação do material apresentado de maneira concorrente pelos litigantes, direcionando o raciocínio a posição dos indivíduos sobre os fatos e à decisão que deve ser proferida em face desse conflito. Com isso, o recurso a esses elementos teria origem em conceitos próprios a uma tradição do pensamento ocidental cujo desenvolvimento institucional abarcaria tal conformação.²²⁹

As influências culturais que desembocaram nessa estrutura processual de investigação da verdade dos fatos certamente explicam, em boa medida, as evoluções apartadas que o processo judicial tomou nesses arranjos institucionais. No máximo, indicam as razões de seu aparecimento, importantes para compreender a disparidade existente entre as concepções de processo judicial e da própria noção de direito. Entretanto, essa constatação em nada discute as vantagens entre um modelo e outro, ou mesmo a

²²⁹ Ibid., p. 130.

possibilidade de consideração desses critérios de suficiência nas duas tradições ou em nenhuma delas.

Aliás, as diferenças originais dos diferentes sistemas são progressivamente diminuídas pela integração total das sociedades no mundo globalizado, onde todos os aspectos da vida social impõem compreensão e aproximação desses sistemas nos quais é natural a absorção mútua de ferramentas jurídicas para legitimar as decisões tomadas e para proporcionar melhores resultados quanto aos objetivos que partilham.

§35. *Diferentes considerações sobre a probabilidade.* Outra explicação para a identificação para os diferentes posicionamentos quanto aos critérios de suficiência nas duas principais tradições jurídicas ocidentais, desenvolvida a partir de uma perspectiva mais atenta aos desdobramentos dogmáticos, remetem aos diferentes impactos que os conceitos modernos de probabilidade exerceram sobre a decisão de fatos no processo judicial.

A estrutura do processo judicial na tradição continental, especialmente à época da prova legal, encontrava dificuldades para apreender a contribuição das teses referentes à probabilidade. A noção de prova legal constituía uma espécie de “prova total” para averiguação de determinados fatos, materializando em elementos específicos o único mecanismo válido para desempenhar o trabalho. Essa noção de plenitude da prova materializada no modelo legalista, segundo Clermont, tornaria sem sentido falar sobre probabilidade, pois nada interessaria senão aquela comprovação específica.²³⁰

Com a transição para o sistema de livre convencimento, teria sido modificada a forma de consubstanciar o raciocínio, mas não a exigência de plenitude da comprovação para sustentar premissas de fato no processo judicial, permanecendo as teorias de probabilidade marginais a consideração judicial. Assim, a estrutura judiciária civilista não teria se preocupado com os desenvolvimentos das noções de probabilidade. De uma forma geral, a idéia de convencimento também concorreu contrariamente a essa fórmula de considerar a probabilidade, pois apenas indicam que se precisa alcançar alta probabilidade para reconhecer a existência de um fato.

Ao contrário, os partidários do sistema de “common law” tomaram a perspectiva da probabilidade com muito interesse para a decisão sobre provas. Talvez diante das causas apresentadas no item anterior, que indicam maior propensão desse modelo aos graus de confirmação, essa idéia foi abraçada como importante pela teoria e prática legislativa nesses

²³⁰ CLERMONT, Kevin M. A comparative view of standards of proof. *American Journal of Comparative Law*, vol. 50, 2002, p.255.

Estados. Desde os primeiros julgamentos do século XVIII que trocaram a idéia de consciência por conhecimento racional, a idéia de probabilidade vem tendo acolhida e logo evoluindo para a noção de “*standards*” de prova diferentes, considerando a matéria debatida.

Clermont afirma ainda que a instituição do júri como importante para a afirmação dessa noção:

“[...] é provável que por causa da necessidade do júri de instruções judiciais, a ‘common law’ tenha que reconhecer o papel da incerteza no processo de decisão – enquanto o ‘civil law’ poderia varrer essas matérias para baixo do tapete e congelar as não-desenvolvidas noções de probabilidade. Se o júri civil atua como causa próxima do critério de preponderância, ele concede mais esse benefício, ajudando não apenas a induzir um critério de suficiência correto mas também a forçar mais honestidade com a natureza probabilística da decisão judicial.”²³¹

Outras causas também são possíveis para explicar a incorporação da probabilidade e dos “*standards*” de prova nesse modelo, que seriam mais relacionadas às características gerais do sistema processual desses países, como, por exemplo, a sua tendência adversarial que é apenas parcialmente seguida pelo modelo civilista.

Seja qual for a causa dogmática da incorporação dos critérios de suficiência, tampouco podem ser consideradas excludentes da argumentação expendida sobre a necessidade de considerar valores axiológicos na análise de fatos envolvidos em questões práticas. O fato do contexto histórico e institucional favorecer o aparecimento dessas construções em outro sistema não tornam inválidos os esforços de verificar sua utilidade diante de interessante aporte de legitimação que confere às conclusões que os processos judiciais precisam buscar. Absolutamente nenhuma razão impede sua consideração ou infirma a necessidade de serem considerados os critérios axiológicos, sendo imprescindível o reconhecimento de seu papel no âmbito do direito probatório.

Com isso, julga-se atingido o primeiro objetivo desse texto em afirmar que os critérios de suficiência das investigações desenvolvidas nos processos judiciais contribuem

²³¹ Traduzido livremente do seguinte trecho: “[...] it is probable that because of the jury’s need of judicial instruction, the common law had to acknowledge the roll of uncertainty in decisionmaking – while the civil law could sweep such matters under the rug and so freeze in time underdeveloped notions of probability. To the extent the civil jury acted as proximate cause of the preponderance standard, the jury has worked yet another of its benefits, helping not only to induce an optimal standard but also to force more honesty about the probabilistic nature of decisionmaking.” Ibid., p.257-258.

para sua legitimação em qualquer contexto jurídico, diante da necessidade de lidar de maneira permanente com as incertezas da investigação dessa matéria, buscando argumentos adequados para legitimar a decisão jurídica.

Na segunda parte, como se planejou na introdução, pretende-se verificar como a utilização desses critérios de suficiência se acomodariam em ordenamentos jurídicos da tradição continental, especificamente, como se acomodariam à experiência brasileira. Assim, pretende-se revisar construções do direito probatório nacional de maneira a verificar possíveis compatibilidades e incompatibilidades. Eventualmente, a utilização desses critérios poderão ser importante instrumento jurídico também no âmbito nacional, considerando a importância de sua utilização já destacada.

PARTE II

DOGMÁTICA DA SUFICIÊNCIA DA PROVA E O DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO.

1. O risco do erro como dimensão da argumentação em matéria de fato

1.1 Rumos da experiência jurídica da sociedade de risco

§1. *A segunda parte.* A primeira parte do trabalho teve por objetivo propor alterações na concepção usual da argumentação em matéria de fato para aperfeiçoar as decisões decorrentes de uma valoração livre da prova. O ponto central dessa construção, como cuidadosamente exposto, é a proposição de um juízo axiológico para o fechamento de todas as investigações sobre a base empírica do direito, de maneira a lidar com a permanente ameaça de risco de erro em sua determinação nos processos judiciais. Considera-se tal premissa fundamental para uma construção adequada da dogmática do direito probatório, ensejando razoável revisão de seus institutos a partir dessa abordagem específica.

A necessidade de consideração do risco, entretanto, não é apenas uma exigência da razão prática para a elaboração de juízos de fato, mas um imperativo que a sociedade contemporânea apresenta a suas instituições. A partir de uma particular leitura dos fenômenos sociais, a consideração do risco toma um lugar central na análise da sociedade atual e desencadeia diversas consequências jurídicas distintas e complementares para ser possível lidar com esse tipo de desafio. Em face da importância atribuída ao conceito de risco, o direito é obrigado a formular estratégias para regulá-lo com o intuito de satisfazer, minimamente, as necessidades sociais verificadas. Tal conceito vem condicionando várias alterações nos instrumentos jurídicos vigentes e operantes no mundo atual, ainda que, nem sempre, sejam bem construídos e causem dificuldades de compreensão e utilização.

É fundamental para esse trabalho perceber que a proposição dos critérios axiológicos de suficiência para as decisões em matéria de fato consiste numa das diversas estratégias alinhavadas pelo direito para oferecer soluções legítimas à resolução de vários tipos de risco aos quais a atividade jurídica se submete. Através da compreensão da importância de regulamentação do risco e das diferentes alternativas formuladas pelo direito para proporcionar seu controle, será possível perceber a singularidade dos critérios de suficiência em relação às outras estratégias. Tal identificação pode ainda demonstrar quão imprescindível é a consideração dos critérios de suficiência apesar de inúmeros outros controles de risco criados pelo direito.

Essa segunda parte, dessa maneira, terá como objetivo inicial a análise dos termos em que a sociedade contemporânea identifica a importância da noção de risco, as consequências decorrentes da centralização desse conceito, as tentativas do direito em controlá-lo, através da redefinição de diversos institutos, e tudo isso para, finalmente, proporcionar a identificação da necessidade de manipulação dos critérios de suficiência dos juízos de fato nas decisões judiciais, sendo imprescindível seu ingresso no debate processual envolvido.

Com isso, o trabalho não apenas pretende desenvolver uma noção ideal sobre a racionalidade das decisões de fato no contexto do processo judicial. Mais do que isso, debruça-se sobre a construção de instrumentos dogmáticos no intuito de fazer com que as implicações dessa premissa sejam seguidas quando da concretização do direito, orientando, de maneira segura, as decisões a partir da observância da legislação. Considerando especificamente o direito brasileiro, o objetivo é definir as características dos critérios de suficiência e perceber que se trata de um elemento indispensável à justificação racional das decisões em matéria de fato, apto a proporcionar soluções interessantes a casos difíceis submetidos à discussão processual.

§2. *Sociedade de risco.* A sociedade contemporânea é marcada especialmente pela noção de risco que se desenvolve em face dos muitos desafios apresentados em seu contexto. Numa sociedade caracterizada por uma presença dominante de ações humanas cada vez mais ampliadas por seu desenvolvimento tecnológico, o mundo tende a modificar-se de maneiras imprevisíveis e o conceito de risco passa a ser central a diversas decisões sociais que precisam ser tomadas diuturnamente. Essa abordagem dos eventos sociais traz, consigo, a necessidade permanente de debater o controle do risco em cada decisão a ser proferida, como requisito específico de sua racionalidade, tomados em conta os perigos e objetivos que precisam enfrentar.

Ulrich Beck é um dos autores mais conhecidos entre os juristas brasileiros a tratar desse assunto. Segundo afirma, diferentemente da sociedade industrial, conceito pelo qual designa a primeira fase da modernidade, em que o problema central seria lidar com as desigualdades sociais produzidas em larga escala, a sociedade contemporânea centralizaria suas preocupações na distribuição, afastamento e controle dos riscos produzidos pela ação do homem em relação às bases naturais da vida. Centrando sua análise na relação do homem

com o meio ambiente, o autor tem o intuito de sustentar uma modificação na organização social a partir da importância que esse problema ganha no cenário atual.²³²

Embora não se esteja tratando apenas da questão ambiental nesse trabalho, a referência à obra de Beck se justifica na amplitude que confere à consideração do risco no pensamento atual, não por uma exigência da própria estrutura racional dos juízos práticos, mas considerando o influxo proporcionado pelas diversas consequências que se seguem às decisões humanas. Da perspectiva desse autor, os rumos da sociedade determinam uma nova organização de suas instituições ao redor do risco e, assim, uma nova estrutura racional dos juízos práticos. Especialmente no direito, que institucionaliza as decisões tomadas na esfera pública, faz-se, imprescindível, esse tipo de discussão, seja para ampliar o alcance de suas construções para lidar com problemáticas atuais, seja para, simplesmente, proporcionar uma efetiva alocação desses riscos em setores específicos da sociedade através de sua interferência, diante de uma concepção de conhecimento que impõe sua distribuição.

Por meio dessa abordagem, afirma-se que a sociedade moderna trouxe consigo, além do desenvolvimento econômico e humano inerente aos avanços tecnológicos, problemas universalmente compartilhados. O homem transforma o meio-ambiente e a sociedade de tal maneira, principalmente através da ação sobre os recursos naturais, que perdeu o controle desse processo, criando um risco de comprometimento estrutural da sociedade. O aumento exponencial das opções técnicas de intervenção humana na natureza acarreta a impossibilidade de cálculo de suas consequências, enquanto seus efeitos se tornam mais abrangentes e incontroláveis.

A ação desordenada do homem causa problemas ao equilíbrio não somente do meio ambiente, mas, também, em relação aos mais diversos aspectos da vida social, com consequências imprevisíveis. O perigo originado da ação humana não conhece fronteiras, destinatários ou limites. É dificilmente percebido e pode determinar danos irreversíveis que abalam, em diversos planos, de diversas maneiras, aspectos importantes da vida humana.

Normalmente, a noção de risco materializa uma reação à constatação das possíveis consequências indesejáveis decorrentes de ações humanas. O risco seria diretamente relacionado a essas ameaças, um desenvolvimento necessário da técnica que surge com a necessidade de resguardar aquilo que se considera mais essencial dentre todos os impactos causados pela ação, sejam intencionais ou não. A experiência referente às interferências humanas no mundo demonstra um crescente desenvolvimento para atingir

²³² BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Trad. De Jorge Navarro, Daniel Jiménez, Maria Rosa Borrás. Paidós: Barcelona: 1988.

objetivos diretos e extrema dificuldade para prever e corrigir possíveis efeitos colaterais de suas ações.

A multiplicação dos riscos, em virtude da ação impactante do homem sobre a natureza, causa uma reação em cadeia de proporções perigosas. Esse tipo de debate é fundamentalmente a base de diversas discussões jurídicas, como aquela referente à autorização de cultivo de espécies vegetais geneticamente modificadas. As consequências da utilização desses cultivos sobre a saúde humana, segundo se argumenta, não são de todo conhecidas, fato que pode conduzir à necessidade de traçar alternativas para o caso de causarem danos à saúde de seus consumidores. Como os riscos ambientais dessa ação não são de todo previsíveis, pois se receia que o impacto seja irreversível e criador de um efeito multiplicador dos perigos envolvidos, enseja grandes dúvidas para sua liberação apesar de, muitas vezes, não haver problemas categoricamente associados a esse tipo de atividade.²³³

As repercussões se tornam assustadoras quando se pondera a possível irreversibilidade dos danos provocados pelos efeitos da ação humana, não somente ao consumo dos produtos como, também, em relação ao equilíbrio ecológico do meio-ambiente. A lógica da sociedade de risco, diante de tanto perigo, é busca lidar com eles de forma a proteger, de diferentes maneiras, os bens jurídicos envolvidos. Busca-se extirpar da ação social práticas indiferentes ou inconsequentes ao mundo circundante, pautando sempre as ações não apenas nos objetivos que visam alcançar, mas, também, nos perigos que visam evitar.

O custo das intervenções deve ser sempre cuidadosamente avaliado. É preciso não apenas aprender com os inúmeros erros cometidos, mas buscar evitá-los para proteger os inúmeros valores que podem ser atingidos. É essencial sempre manipular cautelosamente as causas, para diminuir a lamentação sobre efeitos indesejados. Neste sentido, tutelar os riscos significa sempre reconhecer a insuficiência do conhecimento, reconhecer a preponderância de determinados valores em relação a objetivos imediatos e, fundamentalmente, incluir nas argumentações sobre as decisões considerações sobre suas consequências.²³⁴

Certamente toda essa preocupação se dirige, primariamente, a essa questão ambiental. A ameaça ao meio ambiente é a marca deixada por uma estrutura social

²³³ Cf. ROCHA, João Carlos de Carvalho. *Direito ambiental e transgênicos: princípios fundamentais da biossegurança*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

²³⁴ DUARTE, Moacyr. O problema do risco tecnológico ambiental. In: TRIGUEIRO, André (coord). *Meio ambiente no século XXI: 21 especialistas falam da questão ambiental nas suas áreas de conhecimento*. Rio de Janeiro: Sextante, 2003, p. 245-257.

predatória no incentivo desmedido ao lucro, apesar do grave custo humano imediato de um lado e das graves repercussões ao mundo circundante de outro. A cada vazamento de óleo em plataformas de petróleo, como no recente caso do golfo do México, milhares de peixes, aves marinhas, dentre outros seres integrantes daquele ecossistema, deixam de existir, com seus “*habitats*” naturais, por vezes, irreversivelmente destruídos. Em contrapartida, por cada barril de petróleo produzido que chega ao seu destino, mais energia é gerada, crescem os níveis de desenvolvimento econômico, aumentam as possibilidades de desenvolvimento humano.²³⁵

A questão ambiental, assim, resumiria o principal drama do homem contemporâneo quanto às decisões sociais que tem a tomar. Enquanto a ação sobre os recursos naturais gera e multiplica os riscos de destruição global, também proporciona avanços significativos na criação de postos de trabalho, inclui comunidades no modelo de desenvolvimento econômico compartilhado por outras organizações, possibilita acesso à rede de informações que proporciona maior amparo às necessidades básicas, etc. Não sendo possível evitar a crescente intervenção do homem sobre a natureza, é preciso sempre ponderar as consequências de cada uma delas, prevenindo danos e criando mecanismos de precaução quanto aos riscos envolvidos.

A importância conferida aos riscos da intervenção humana no meio-ambiente significa uma mudança de postura essencial na forma de pensar a própria sociedade. Não mais se entende a natureza como elemento externo à civilização a ser submetida e manipulada no sentido de aumentar a produção de bens econômicos. Essa nova perspectiva tende a integrar a natureza a toda dinâmica social, econômica e política de modo que as ameaças a ela dirigidas atinjam o equilíbrio de todo esse sistema complexo em que qualquer distúrbio localizado numa de suas ramificações repercute de diferentes maneiras nas outras.

A complexidade social adquirida na contemporaneidade em que os diversos setores sociais são interdependentes entre si, multiplica o alcance dessa abordagem do risco ao incluí-la permanentemente na forma de conceber as relações sociais. A influência da tecnologia e o pensar do meio-ambiente trouxeram uma nova racionalidade integralmente aplicável às diversas decisões sociais. Com o desenvolvimento dessa abordagem, não mais se podem afastar as decisivas influências que exerce sobre os diversos sistemas parciais que compõem esse todo complexo ao levar um pouco da mesma racionalidade para todos eles,

²³⁵ NEW YORK TIMES. Gulf of Mexico oil spill [S.I.]: 2010. Disponível em: <http://topics.nytimes.com/top/reference/timestopics/subjects/o/oil_spills/gulf_of_mexico_2010/index.html?sc=p=1-spot&sq=bp%20oil%20spill&st=cse>. Acesso em 02/12/2010.

seja no campo econômico, político, moral, etc. A sociedade do risco, altamente complexa ao envolver tantos interesses e valores a serem protegidos, não pode olvidar que a cada manipulação em seus elementos enseja consequências que precisam ser objeto de consideração jurídica.²³⁶

A consideração do risco define a racionalidade social contemporânea. Eis porque o risco desempenha papel central em qualquer construção referente a uma argumentação atenta às necessidades da racionalidade vigente, a qual deve se voltar sempre ao seu sopesamento nas conclusões consubstanciadas nas decisões tomadas na esfera pública. Muito além das considerações ambientais, a sociedade contemporânea exige uma nova abordagem do conhecimento que seja capaz de viabilizar o tipo de proteção que se afigura necessária.

§3. *Características de uma epistemologia social.* A partir da consideração das ameaças que a vida moderna impõe ao meio-ambiente, Beck destaca a importância de consideração do risco desses impactos para a organização da sociedade atual diante do potencial desastroso que podem acarretar para a humanidade. O risco é resultado natural do processo decisório e aceito como necessário e inevitável ao progresso e ao desenvolvimento econômico e, portanto, legitimado pelas instituições, tomando o centro das temáticas relevantes ao espaço público. Sua importância ganha maiores dimensões na medida que se tornam mais complexas as relações sociais a serem levadas em conta pela ação humana, ramificando suas consequências nas mais diversas direções.

Desde o advento da modernidade, a noção de risco se constituiu paralelamente a noção de conhecimento compatível ao momento histórico correspondente, desenvolvida basicamente a partir da fé depositada nas técnicas científicas. A crença na objetividade e independência das formulações dessa natureza estabeleceu a partir de construções epistemológicas mecanismos de controle baseados em cálculos de previsibilidade e probabilidade, oferecendo condições de identificar as chances de ocorrência de determinado evento. As previsões seriam tanto mais precisas quanto mais específicos fossem os dados

²³⁶ Há muitas passagens na obra de Beck em que se destacam que a consideração do risco enseja uma nova racionalidade, uma nova abordagem sobre a racionalidade social. Dessa maneira, haveria uma nova teoria do conhecimento que agregaria o risco a toda atividade cognitiva presente à esfera pública. Essa tese defendida a partir de necessidades sociologicamente constatadas vai ao encontro daquilo que foi sustentado na primeira parte desse trabalho. O desenvolvimento mais largo dessa opinião pode ser encontrado no segundo capítulo de sua obra, onde se lê: “Para la función de todas las ciencias será central en el futuro la tesis de que *hace falta un respaldo político-moral fortalecido y asegurado institucionalmente para poder seguir haciendo una investigación decente.*” Beck, ob. cit., p. 91, [grifos originais]. Tal convergência será abordada com mais vagar na sequência.

disponíveis, obtidos a partir de perceptibilidade aos sentidos e limitados temporal e espacialmente.²³⁷

Essa aproximação desempenhou relevante papel para a compreensão dos riscos da sociedade industrial, modelo que antecedeu a configuração dos dias atuais. Àquele momento, buscava-se o conhecimento detalhado da realidade de modo a prevenir perigos recorrentes a partir da experiência e experimentação. Seu emprego reflete consequentemente na conformação das práticas de segurança voltadas à percepção e afastamento do risco, no sentido de estruturar normas a regulamentar as situações de perigo.

Entretanto, com a difusão incontrolável dos processos de industrialização, proporcionada por um progressivo amparo técnico praticamente ilimitado e a dinamização do desenvolvimento econômico, surgem dilemas relacionados à origem, alcance, previsão e distribuição dos riscos. As ameaças decorrentes das ações e decisões escapam ao controle das instituições que podem conduzir à consubstanciação de ameaças sérias a valores essenciais à vida em comunidade. Como consequência, verifica-se a falência de seus mecanismos de segurança e controles típicos da racionalidade científica, reconhecendo sua falibilidade na previsão de ameaças e das instituições em administrá-las.

Os riscos que caracterizam a sociedade atual são originados e reproduzidos, sistematicamente, no próprio processo de desenvolvimento técnico-industrial da modernidade, que, ao mesmo tempo em que tem pacificado a vida social, tem também aumentado em escala importante o alcance de seus atos, capazes de causar danos irreversíveis e condicionar o mundo das gerações futuras. São capazes de criar situações globais de ameaça de igual proporção para todos, demandando readequação de instrumentos de coerção e cooperação. Além disso, em diversas situações tais riscos escapam à percepção humana, configurando um cenário de necessidade de vigilância às consequências das intervenções ambientais.

O direito sofre direto impacto da crise desse modelo de raciocínio. Sua estrutura tradicional, que sempre confiou na causalidade e imputabilidade como mecanismos de controle social, simplesmente se afiguram insuficientes para regular os problemas observados na sociedade atual. Mesmo diante dos controles tradicionais, a sociedade

²³⁷ Cf. SERRANO, José Luís. A diferença risco/perigo. In: VARELLA, Marcelo Dias (org). *Direito, sociedade e riscos: a sociedade contemporânea vista a partir da idéia de risco. Rede Latino-Americana e Européia sobre Governo de Riscos*. Brasília: UniCEUB, UNITER, 2006, p. 57-77.

continua exposta aos riscos que caracterizam sua nova fase. Os mecanismos jurídicos precisariam se atualizar em face das necessidades identificadas nessa nova fase.²³⁸

Assim, os riscos sociais desafiam os padrões de segurança protegidos pela causalidade e imputabilidade, os quais se pautam apenas na confiança do raciocínio epistemológico calcado na experiência quando os valores em questão não toleram esse tipo de risco para a sociedade atual. Como consequência, não mais basta a verificação da causa dos danos ocorridos nem, tampouco, a imputação de condutas reparatórias àqueles que concorreram ilicitamente para a deflagração do dano. Importa, mais do que tudo, gerir as ameaças que o atual estado de coisas faz iminente e minorar, ou mesmo impedir que cheguem a provocar problemas reais e incalculavelmente custosos para toda sociedade.

Diante da necessidade urgente de se adotar uma postura cautelosa em face dessa nova estrutura social, é possível vislumbrar, também, um impacto decisivo mesmo na forma de pensar as decisões sociais que acabam rompendo com uma racionalidade exclusivamente epistemológica. O próprio Beck percebe que a sociedade de risco exige daqueles que discutem seus diversos problemas um conhecimento que extrapole os limites da experiência catalogada, considerando que as consequências imprevisíveis são insuportáveis para a estreita margem de erro que se dispõe num mundo com tais características. Modifica-se o próprio conceito de legitimidade na cognição dos fatos, os quais somente podem ser reconhecidos a partir não apenas de observações e comparações com a experiência criteriosa, mas precisam levar em conta os perigos que sua determinação pode conter. Daí se dizer que *“sem racionalidade social, a racionalidade científica está vazia; sem racionalidade científica, a racionalidade social é cega.”*²³⁹

²³⁸ Beck, ob. cit., p 16-17

²³⁹ Importante destacar o posicionamento desse autor sobre a epistemologia em claros termos, o que pode ser feito pela observação do seguinte trecho: *“La pretensión de racionalidad de las ciencias de averiguar objetivamente el contenido de riesgo del riesgo se debilita a sí misma permanentemente: por una parte, reposa en un castillo de naipes de suposiciones especulativas y se mueve exclusivamente en el marco de unas afirmaciones de probabilidad cuyas prognosis de seguridad stricto sensu ni siquiera pueden ser refutadas por accidentes reales. Por otra parte, hay que haber adoptado una posición axiológica para poder hablar con sentido de los riesgos. Las constataciones del riesgo se basan en posibilidades matemáticas e intereses sociales incluso precisamente allí donde se presentan con certeza técnica. Al ocuparse de los riesgos civilizatorios las ciencias ya han abandonado su fundamento en la lógica experimental y han contraído un matrimonio polígamo con la economía, la política y la ética, o más exactamente viven con estas sin haber formalizado el matrimonio.*

Esta heterodeterminación oculta en la investigación del riesgo se convierte en un problema allí donde los científicos se siguen presentando con la presentación de monopolio de la racionalidad. Los estudios sobre la seguridad de los reactores nucleares se limitan a valorar determinados riesgos cuantificables en el caso de accidentes probables. Así pues, desde el propio punto de partida se limita ya la dimensionabilidad del riesgo a la manejabilidad técnica. Por el contrario, para amplias partes de la población y de los adversarios de la energía nuclear lo principal es precisamente el potencial de catástrofe de la energía nuclear. Una probabilidad de accidente mantenida en el mínimo es demasiado elevada allí donde un accidente significa el exterminio. Además, en la discusión pública desempeñan una función propiedades del riesgo que no son

Assim, o conceito de sociedade de risco não somente consiste apenas em narrativas sobre os problemas contemporâneos ou em indagar sobre as novas características que o Estado assume ante cada desafio que lhe é imposto. Projeta-se algo muito mais abrangente, que compreende não apenas a noção de cognição dos fatos como as idéias fundamentais de legitimação das decisões judiciais. Diante de tantas e profundas repercussões da estrutura social no pensamento contemporâneo, dificilmente será possível sustentar que essas considerações se limitam a consideração do risco em problemas relacionados ao meio-ambiente, pois essa racionalidade se aplica a muitas outras situações identificadas no cenário atual.

Essa compreensão, proposta por Beck a partir de uma análise sociológica analítica e normativa, é exatamente aquela que foi exposta na primeira parte desse trabalho, partindo das características essenciais da racionalidade prática aplicada às questões levadas à consideração jurídica. O autor alemão parece defender que, no mundo contemporâneo, aquela abordagem é necessariamente generalizada para todo curso de ação a ser definido, imiscuindo-se na cultura cognitiva de maneira irreversível como fator indispensável para avaliar as decisões tomadas. Aquilo que foi defendido como racional às decisões práticas diante das limitações epistemológicas e do debate empreendido via processo judicial ganha, segundo uma construção como essa, ares de necessidade à estruturação das instituições sociais.

A grande abrangência da consideração do risco leva a novas perspectivas em relação a todas as dinâmicas sociais identificadas nessa mesma época. O estreitamento da

tratadas en los estudios sobre el riesgo, por ejemplo la difusión de armas nucleares, la contradicción entre la humanidad (el error, el fracaso) y la seguridad, la duración e irreversibilidad de las grandes decisiones tecnológicas que se toman y se juegan con la vida de las generaciones futuras. Con otras palabras, en las discusiones sobre el riesgo queda clara la fractura entre la racionalidad científica y la racionalidad social en el trato con los potenciales civilizatorios de peligro. Se habla sin escuchar al outro. Por una parte, se plantean cuestiones que no pueden ser contestadas por los otros; por otra parte, se contesta a preguntas con respuestas que así no dan con el núcleo de aquello por lo que se había preguntado y que aviva los miedos. Ciertamente, la racionalidad científica y la racionalidad social se separan, pero al mismo tiempo quedan entrelazadas de muchas maneras y remitidas la una a la otra. Stricto sensu, esta distinción se vuelve incluso cada vez menos posible. El tratamiento científico de los riesgos del desarrollo industrial queda remitido a las expectativas sociales y a los horizontes axiológicos, igual que al revés la discusión social y la percepción de los riesgos queda remitida a argumentos científicos. Casi abochornada, la investigación del riesgo sigue las huellas de las preguntas de la 'hostilidad a la técnica' que fue llamada a contener y gracias a la cual, por lo demás, ha experimentado en los últimos años un fomento material inesperado. La crítica e intranquilidad públicas viven especialmente de la dialectica de experto y contraexperto. Sin argumentos científicos y crítica anticientífica de los argumentos científicos quedan romas, más aún: a menudo ni siquiera pueden percibir el objeto y el proceso (por lo general 'invisibles') de su crítica y de sus miedos. Por variar una frase célebre: sin racionalidad social, la racionalidad científica está vacía; sin racionalidad científica, la racionalidad social es ciega." Beck, ob. cit., p. 35-36.

relação que os sistemas de regulamentação social mantêm entre si, outra característica flagrante da contemporaneidade, torna muitas outras relações sociais sujeitas à mesma racionalidade considerando o potencial problemático que oferecem para o equilíbrio geral. Se as diferentes relações sociais se condicionam reciprocamente e se todas elas são capazes de colocar em risco os valores protegidos em cada uma delas, é imprescindível que todas hajam de maneira responsável em relação aos riscos que produzem.²⁴⁰

Toda essa descrição de uma sociedade contemporânea identificada com a idéia central do risco é extremamente relevante para o direito. Não se trata apenas de constatar o aumento do âmbito, escala e ameaça de riscos ou mesmo da universalidade dos riscos entre grupos sociais e população em geral, mas, também, de uma alteração no comportamento, princípios e interesses da sociedade por causa do risco. Apesar dessa alteração de comportamento social ser uma proposição mais normativa do que analítica, a consideração do risco é inegavelmente importante para pensar o direito no novo século. Trata-se de conceito essencial para que o direito desempenhe a orientação das instituições sociais, reestruturando vários de seus mecanismos de atuação, em especial de seu processo de decisão em matéria de fato.

§4. Absorção do tema do risco pelo direito. Diante da importância atribuída à consideração do risco e sua influência direta sobre as reflexões jurídicas como instrumento destinado a promover o equilíbrio social, é possível observar que sua dogmática vem sendo constantemente exigida pelos problemas propostos nos novos tempos.

Como resposta a essas provocações, uma série de medidas vêm sendo identificadas em todos os ramos da experiência jurídica, na tentativa de acompanhar às necessidades de tutela do risco. Questões tradicionais relacionadas às áreas cível, penal, administrativa, assim como novas dimensões das relações sociais que antes não eram reconhecidas como referentes ao direito ambiental, econômico e consumerista passam a demandar uma revisão de noções tradicionais que levam a uma reestruturação ampla da forma como devem ser percebidas. De um modo geral, o desafio não apenas se apresenta nas regras materiais voltadas à orientação das condutas a serem respeitadas nas próprias relações sociais, como, também, em relação ao processo de decisão e efetivação das medidas necessárias à defesa dessas orientações.

²⁴⁰ Beck, ob. cit., p. 42 e seguintes.

Direcionado a tutela do risco, o direito passa a agregar a suas funções um perfil de análise voltado exatamente para as ameaças decorrentes da intervenção do homem. Daí porque precisa subverter a lógica da causalidade e imputação para atingir os resultados desejados, levando os institutos jurídicos a buscar novas formas de se preparar para desempenhar seu papel. Ao lidar com o risco, o direito é chamado a praticar uma espécie de justiça distributiva, na qual assume a função de alocar riscos e recursos comuns a todos em diversos setores do grupo social por meio não apenas de sanções como também estímulo e apoio. Essa noção de distribuição de acervos comuns seria contraposta a idéia de justiça comutativa ou retributiva, direcionada a regular situações entre dois pólos de interesse que disputam apenas entre si a titularidade do direito.²⁴¹

Esse papel do direito, relacionado com influxos sociais e estatais torna evidente a necessidade de alterações importantes em suas previsões que vão sendo admitidas na elaboração e concretização do direito na prática vigente. Caso se admita a distinção entre direito material e processual, é possível verificar no primeiro caso a reestruturação dos tipos normativos de forma a se adequar às necessidades de distribuição do risco, v.g. as diversas manifestações da responsabilidade, assim como no segundo caso são inúmeras as modificações institucionais destinadas a averiguação e efetivação das necessidades jurídicas, como se verifica na disciplina do processo coletivo ou da tutela específica. Novos e antigos mecanismos são colocados a disposição dessa nova função do direito.

A seguir, apresenta-se uma tentativa de demonstrar os rumos do direito na sociedade de risco por meio da identificação específica dessas alterações e as diferentes formas que toma no direito atual, em especial aquelas referentes a consideração da matéria de fato, que se revela uma permanente opção para controle do risco, especialmente diante de uma epistemologia social constituída nos termos acima apresentados.

1.2 Instrumentos dogmáticos da alocação do risco

²⁴¹ A função distributiva não foi reconhecida de início à experiência jurídica moderna, diante do peso fortíssimo exercido na cultura ocidental em que o Estado e o direito restringir-se-iam a um papel mínimo ante a esperança de auto-regulação da economia e da sociedade. O direito teria o papel de facilitar o estabelecimento das relações privadas, garantir sua continuidade e segurança e impedir a dominação recíproca. A função distributiva ganha força a partir do reconhecimento de novos papéis ao Estado Social, dados os objetivos que tendem a interferir nas relações sociais para reduzir as desigualdades, atuando como catalisador de desequilíbrios nessas relações. O reconhecimento de novas funções ao direito associado ao surgimento do Estado Social pode ser verificado em diversos textos influentes a cultura jurídica brasileira. Cf. BOBBIO, Norberto. Análise funcional do direito. In: *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. São Paulo: Manole, 2006; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 143 e seguintes; LOPES, José Reinaldo de Lima. Justiça e poder judiciário ou a virtude confronta a instituição. In: *Direitos Sociais: Teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006, p. 119-139.

§5. *Sobre a responsabilidade.* A consideração do risco na sociedade atual tem grandes repercussões em institutos tradicionais do direito. Talvez a noção de responsabilidade constitua a alteração mais evidente e mais importante que se seguiu a essa perspectiva das relações sociais. Em diversos âmbitos do direito material, um novo conceito de responsabilidade materializa a consideração do risco dentre as construções jurídicas, tornando-se central para alcançar os novos propósitos erigidos.

Diante dos perigos decorrentes do advento do processo de fabricação industrial, foi verificada a necessidade de dar maior proteção aos danos oriundos de atividades consideradas lícitas, bem como daquelas tidas por ilícitas que se mostravam difíceis de provar. Ao final do século XIX, já se percebia a insuficiência da regulamentação jurídica em dar conta dos problemas criados pelo modelo de organização social que se consolidava. Diante do impacto de tais atividades no meio social, verificava-se a necessidade da atualização dos institutos jurídicos destinados a regulamentá-la.

Desse contexto surgiu a noção de responsabilidade objetiva, cuja principal modificação consistia na retirada do elemento culpa dos requisitos de sua caracterização. Não mais se trata de averiguar apenas quem deu causa aos danos reclamados, pois se reconhece a existência de determinadas situações em que mesmo diante da impossibilidade da identificação do quê conduziu a determinado dano, é preferível distribuí-los dentre os diferentes agentes sociais. Centrado apenas no nexo causal entre conduta e dano, esse conceito modifica a estrutura do direito material que passa a atribuir deveres com fundamento exclusivo na socialização do risco entre aqueles socialmente envolvidos.

Essa expressão da justiça distributiva repercute amplamente nos ordenamentos jurídicos atuais. No Brasil, por exemplo, há diversas referências a esse tipo de responsabilidade sempre que se atribua importância diferenciada a determinado bem jurídico. Isso acontece, por exemplo, na disciplina do direito ambiental, na qual é atribuída àqueles que provocam o perigo de dano, que potencializam o risco de sua deterioração (Lei 6938/81, art. 14, §1º). O objetivo em retirar a noção de culpa dentre os elementos da responsabilidade é estimular que os agentes envolvidos nessas atividades reduzam ao máximo as possibilidades de degradação ambiental para que não sejam submetidos a qualquer tipo de reparação. Objetiva também facilitar a proteção desses bens jurídicos diminuindo os requisitos necessários para o advento de uma tutela jurisdicional que lhe seja favorável, ao requerer apenas a demonstração do liame de causalidade entre fato e lesão.²⁴²

²⁴² LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 128-129.

Também outras relações jurídicas se utilizam da responsabilização objetiva como instrumento de proteção aos valores que tutelam. É possível verificar tal expediente operando no direito administrativo, direito do trabalho, no direito do consumidor, dentre tantos outros em que sejam verificados desequilíbrios na consideração dos diferentes bens tutelados. Elege-se o Estado, o empregador e o fornecedor como elementos da relação jurídica aos quais, por diferentes motivos, são atribuídos os riscos de eventuais danos em relação as atividades que desempenham. O Estado absorve tais riscos por sua vocação em catalisar os problemas sociais para diluir seu fardo dentre todos seus integrantes (CF, art. 37, §6º). Diante dos casos de acidente de trabalho e daqueles entendidos sob a égide da legislação consumerista, o direito visa equilibrar as relações sociais contabilizando sobre os riscos da atividade econômica lucrativa os danos causados às partes fragilizadas nesses contextos (CF, art. 7º, XXVIII e CC, art. 927; CDC, art. 12 e 18).²⁴³

Essa manifestação do risco se revela bastante ampla, capaz de alcançar diversos tipos de relações jurídicas. Tal instituto, entretanto, não resume os mecanismos disponíveis ao direito para regulamentá-lo. Além da responsabilidade objetiva há diversas outras previsões legais pautadas na idéia de risco, visando lidar com os inúmeros perigos verificados na sociedade moderna. No direito material se verificam novas construções a fim de abarcar esse tipo de situação.

§6. *Crime de perigo abstrato*. No campo do direito penal a consideração do risco se revela na disciplina dos inúmeros crimes de perigo previstos na atualidade. Segundo essa

²⁴³ A legislação consumerista destacar diretamente a responsabilidade objetiva dos fornecedores. Entretanto, isso não ocorre na maioria dos regramentos verificados na legislação brasileira que poderiam ser submetidos a mesma lógica. Nos casos de acidentes de trabalho, a disposição constitucional sobre o assunto é até mesmo contrária a utilização da responsabilidade objetiva dos empregadores, conforme o art. 7º, XXVIII. Esse dispositivo, todavia, vem sendo interpretado de outra maneira pela jurisprudência associando-o às disposições do Código Civil, o qual prevê genericamente a responsabilização objetiva para regulamentar atividades que provoquem os riscos de danos (art. 927, p. único). Assim, o TST vem decidindo pela indicação desse mecanismo de responsabilização nessas situações: RESPONSABILIDADE OBJETIVA Esta Eg. Corte já decidiu pela aplicação da responsabilidade objetiva quando a atividade do trabalhador é de risco. Precedentes. INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - QUANTUM DEBEATUR O Tribunal decidiu de acordo com o disposto nos arts. 944 e 945 do Código Civil. Recurso de Revista não conhecido. (TST - RECURSO DE REVISTA: RR 6063 6063/2006-892-09-00.8; Relator(a): Maria Cristina Irigoyen Peduzzi; Órgão Julgador: 8ª Turma; Julgamento: 18/11/2009; Publicação: 20/11/2009) RECURSO DE REVISTA. ACIDENTE DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E ESTÉTICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ÔNUS DA PROVA.

A análise dos pleitos relativos à indenização por dano moral e estético em virtude de acidente do trabalho se dá à luz da responsabilidade objetiva, bastando a comprovação, de acordo com a teoria do risco da atividade, do dano e do nexo de causalidade entre este e a atividade desempenhada pela vítima. Configurada violação dos arts. 927, parágrafo único, do Código Civil e 333, II, do CPC. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RECURSO DE REVISTA: RR 830 830/2007-009-06-00.6; Relator(a): Rosa Maria Weber; Órgão Julgador: 3ª Turma; Julgamento: 14/10/2009; Publicação: 13/11/2009)

perspectiva, não é apenas a lesão ao bem jurídico que leva à proteção jurisdicional, sendo necessário disciplinar também nesse tipo de relação jurídica o perigo. Trata-se de conceito bastante controverso na doutrina do direito penal, cujos desdobramentos são apresentados apenas com objetivo de localizar tais previsões jurídicas dentre aquelas características da sociedade de risco.

Para fins de direito penal, o perigo não pode ser considerado nem a expectativa subjetiva de um evento indesejado, nem uma realidade a ser observada concretamente. Trata-se de um juízo de probabilidade identificado diante de uma determinada situação em que se possa antever ameaça ao bem jurídico penal. Em face das dificuldades de percepção desse perigo, a lei penal opera antecipando a consumação do crime com a verificação do risco efetivo ou presumido de lesão ao bem jurídico.²⁴⁴

Tradicionalmente os crimes de perigo são divididos em duas categorias distintas, conforme identificados como concretos ou abstratos. Os crimes de perigo concreto estabelecem a necessidade de comprovação da situação de risco para sua caracterização. a jurisprudência pacífica do STJ aponta, por exemplo, que o crime de direção sem permissão ou habilitação tal como previsto na legislação nacional somente pode ser caracterizado mediante a comprovação de que o acusado estaria praticando atos que ocasionassem perigo real ao ambiente de tráfego. Apesar da consideração do perigo esse tipo penal não presume sua ocorrência sendo necessária sua demonstração para que provoque punição.²⁴⁵

O crime de perigo abstrato, ao contrario, apesar de toda a dificuldade da doutrina em conceituá-lo vem sendo definido como aquele em que se castiga a conduta considerada tipicamente perigosa, sem que se exija a comprovação no caso concreto a exposição ao perigo. Os estudiosos do direito penal encontram varias dificuldades nesse conceito, principalmente considerando o principio da intervenção mínima que norteia suas ações e a necessidade de constatação de lesões concretas para ensejar esse tipo de punições. Com razão, pretendem impedir punições não vinculadas a condutas concretas, como se fosse uma espécie de formulação da responsabilidade objetiva nesse ramo do direito.

²⁴⁴ SILVEIRA, Renato *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: RT, 2006, p.113-114.

²⁴⁵ Sobre o assunto, cf. HABEAS CORPUS. ARTIGO 302 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. O fato de o paciente não possuir carteira de habilitação em nada contribuiu para a ocorrência do acidente, tanto que o laudo pericial concluiu ser exclusiva da vítima a culpa pelo evento.

2. Estado de embriaguez deve ser comprovado por laudo pericial.

3. Constrangimento ilegal caracterizado.

4. Ordem concedida para restabelecer a sentença absolutória.

(STJ. HC 125584/AC, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 13/10/2009, DJe 07/12/2009)

Mesmo diante de todas essas objeções, os ordenamentos jurídicos continuam a se utilizar dessa categoria de normas de modo a também regulamentar o risco mediante os mecanismos penais. Um exemplo que se afigura bem prático na prática judiciária brasileira pode ser verificado no crime de porte ilegal de armas de fogo, considerado crime de perigo abstrato previsto na lei 10.826/2003. A jurisprudência do STJ tem sustentado que não é necessária a existência de qualquer elemento de comprovação de perigo para caracterização da conduta criminosa. Considera que o porte em si é tido pela lei como suficientemente perigoso e merece ser evitado pela incidência da lei.²⁴⁶

Pela análise desse tipo jurídico, se alcança a compreensão de mais uma fórmula de consideração do risco pelo direito, demonstrando mais um campo de desenvolvimento dos pressupostos da sociedade contemporânea.

§7. Requisitos para a caracterização do cartel. Outra forma de demonstração da consideração do risco pelo direito pode ser identificada no direito econômico, especialmente relacionado ao problema de caracterização da prática do cartel em determinados mercados.

Cartel pode ser definido pela interferência coordenada de empresas concorrentes do mesmo segmento no sentido de dividir espaços, acordar preços ou controlar a oferta, proporcionando aos participantes uma posição dominante em relação ao seu mercado de atuação. As perdas não se limitam aos consumidores prejudicados pela fraude à concorrência, mas para as empresas que não fazem parte do acordo, o funcionamento do mercado, ao longo prazo, pode afetar ofertas de emprego, atividades adjacentes, identificação e implementação de políticas necessárias, enfim, mostra-se nociva à sociedade de um modo geral. A disciplina dessa e de outras figuras do direito econômico é relativamente nova no Brasil, tendo sido prevista apenas na Lei 8.884 de 1994 com algumas alterações destinadas a aperfeiçoar seu uso.

²⁴⁶ RECURSO ESPECIAL. PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE USO PERMITIDO. ARMA DESMUNICIADA. IRRELEVÂNCIA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. POTENCIAL LESIVO DA ARMA COMPROVADA POR PROVA PERICIAL. TIPICIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Para configurar o crime de porte de arma de uso permitido, previsto no art. 14 da Lei nº 10.826/2003, mostra-se irrelevante o fato de a arma não conter munição.

2. O delito de porte ilegal de arma é considerado como de perigo abstrato, não sendo obrigatória a existência de um resultado naturalístico para que haja sua consumação.

3. A mera conduta de trazer consigo arma de fogo é suficiente para que a conduta seja considerada típica.

4. In casu, restou comprovado o potencial lesivo da arma apreendida através de laudo pericial acostado aos autos.

5. Recurso especial provido para restabelecer, em todos os seus termos, a sentença condenatória.

(STJ. REsp 1121671/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 01/06/2010, DJe 21/06/2010)

Diante de tal legislação, a identificação do cartel é feita a partir da demonstração de dois elementos determinantes: a conduta voltada a promover a existência do cartel e a demonstração dos diversos efeitos que provocam no mercado e na sociedade. Esses dois elementos são considerados importantes para caracterização dessa prática e precisam ser demonstrados nos processos administrativos ou judiciais destinados a tal investigação.

Apesar da grande importância dessa regulamentação para as sociedades contemporâneas, é extremamente difícil verificar a caracterização do cartel, exatamente considerando as provas necessárias para efetuar sua comprovação. O paralelismo de preços, por exemplo, não é prova definitiva da existência de um cartel, pois há muitos motivos que podem levar a essa condição que em nada se relacionam com problemas de violação das regras de concorrência. É comum que haja variações parecidas nos insumos de produção de todos os integrantes do mesmo mercado no mesmo segmento, que causem justamente a aproximação entre as condições de oferta. Esse pode ser apenas de um dos efeitos possíveis de sua formação.

O segredo do acordo que o caracteriza, por outro lado, dificulta de forma importante a descoberta de seus elementos principais de colusão, impedindo que as autoridades possam identificar e impedir tal prática. Os riscos da impossibilidade de se comprovar essa situação acabam por precisar de uma tutela jurídica, já que é virtualmente impossível comprovar a existência de tais acordos. Tanto assim que a legislação vai tentando encontrar alternativas para a comprovação desse elemento volitivo mediante institutos como o acordo de leniência, introduzido pela lei 10.149/2000 disposto ao art. 35-B, que busca atacar o ponto fraco desse tipo de acordo, qual seja, os incentivos de seus participantes para quebrá-lo.

Ocorre que essa necessidade de demonstração do acordo existente leva a abusos na condução e arbitrariedades nos julgamentos desse tipo de causa. Diversos seriam os casos em que reuniões perfeitamente lícitas poderiam ser interpretadas como indícios de conluio para a formação do cartel. Esses exageros podem ser verificados pela falta de controle do risco na interpretação da norma que precisa ocorrer para não criar distorções em sua aplicação.

Na interpretação dessa norma e considerando o controle do risco, Tércio Sampaio Ferraz Jr. identifica uma alternativa interessante para a situação. Argumenta que, ao invés de se verificar a materialidade do acordo, é mais importante identificá-lo diante dos efeitos que dele resultam. Também nessa hipótese, diante dos bens jurídicos envolvidos e da

dificuldade de comprovar os elementos desse acordo, a lei deve ser aplicada de modo a promover, ao máximo, os controles que oferece.²⁴⁷

A jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE corrobora com essa interpretação, como se viu no julgamento referente ao cartel do aço, realizado ainda em 1999, no qual se decidiu que a explicação econômica sobre a conduta das empresas é o caminho adequado para demonstrar a existência dessa violação à legislação concorrencial.²⁴⁸

Nesse sentido, também parece ser a explicação de Calixto Salomão Filho em relação a questões mais amplas do direito econômico referentes a sua identificação no mercado. Primordialmente, essas caracterizações passam pela racionalidade que se extrai das ações das empresas em relação a posição de dominação que exercem, as quais, embora deixem de considerar outros fatores, afiguram-se bastante complexas. Nessa hipótese, o controle do risco nem sempre é eficiente diante de tanta divergência nos critérios de análise do mercado.²⁴⁹

De uma forma ou de outra, também em relação ao direito econômico, o direito se pauta num controle do risco expresso na forma de interpretação atribuída a sua legislação, de modo a viabilizar uma proteção adequada aos bens jurídicos envolvidos.

²⁴⁷ Eis o parecer do professor na seguinte passagem: “Na verdade, o cuidado está em se mostrar, primeiro, que haja efetivo poder de mercado e efeitos eficazes sobre a concorrência (o mero acordo entre duas padarias num universo de centenas ainda não qualifica um acordo). O que é preciso examinar é se do acordo resultam: a estabilidade e o conteúdo que torna previsível a política empresarial das empresas envolvidas, de modo a produzir riscos à concorrência (análise estrutural). [...] No caso de divisão de mercados, por ex., a mera prática de dividir não é ainda indício de cartel. É preciso verificar se ela pode ser justificada por uma racionalidade econômica, geradora de ganhos de eficiência (exemplo típico, é o mercado automobilístico, com os distribuidores divididos, ou as redes de franquia). Portanto, o primeiro requisito de indício de cartel é um comportamento (divisão do mercado) que não tenha uma explicação racional (aumentar a eficiência), salvo a estratégia mesma de restringir a concorrência (exemplo, evitar ‘guerra’ de preços ou diminuições de fatias de mercado): a única explicação da conduta seria, então, o acordo do cartel.”

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Indício de prova e cartel. *Estudos – Documentos, n° 24, Reunião do Conselho Superior de Assuntos Jurídicos e Legislativos da FIESP/CIESP em 27/03/2003*. Disponível em <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=publicacoes-cientificas/112>>. Acesso em: 19/05/2009.

²⁴⁸ “Como consequência dessas condições de mercado, é de se esperar preços semelhantes na indústria e reajustes nos seus montantes e no tempo, mesmo na ausência de cartel. Isso porque qualquer diferencial de preços entre os concorrentes provocaria imediata e significativa perda de mercado para aqueles que mantenham preços mais elevados. Nesse mesmo sentido, alterações das condições de custos ou de demanda provocariam reajustes de preços semelhantes, uma vez que nenhuma empresa manteria seu mercado com preços mais elevados do que as demais [...] Aceito a tese de que se há outra explicação econômica para o paralelismo de conduta que não o cartel, a infração à ordem econômica não fica configurada. Faço notar, entretanto, que no presente caso as explicações no campo econômico invocadas pelas Representadas são frágeis e insuficientes para explicar o processo de reajuste de preços ocorrido em 1996”.

(CADE, Processo Administrativo n. 08000.015337/1997-48, Cons. Rel. Ruy Afonso de Santacruz Lima, Data de Formalização 12/06/1997)

²⁴⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 107 et seq.

§8. *Outra dimensão da consideração jurídica do risco.* Essas técnicas têm em comum a modificação da constituição tradicional dos tipos jurídicos com reflexos específicos sobre sua mecânica de concretização. Diferentemente do direito voltado para uma função meramente retributiva, constituído por figuras destinadas a garantir a incolumidade dos direitos individuais e limitada a ações de restituição ou de aplicação de sanções, a tutela do risco demanda uma antecipação da ação jurídica para impedir a materialização ou prorrogação de danos, os quais, muitas vezes, não podem ser identificados de antemão e nem tutelados eficazmente após sua ocorrência. Por isso, tais tipos jurídicos são obrigados a não mais centrar sua incidência na identificação das causas de violação de direitos e na subsequente imputação de obrigações àqueles que as provocaram, mas centrando em atos potencialmente danosos à ação jurídica, seja para sancioná-las ou mesmo para premiar aqueles que deixam de praticá-las.

A antecipação da intervenção jurídica modifica os tipos tradicionais ao conceber suas estruturas retirando a necessidade de constatação dos elementos de culpa e, por vezes, do dano da idéia de responsabilização. Foi isso que tentou se demonstrar acima, ao apresentar um esboço sobre a evolução da responsabilidade e exemplos de seu desenvolvimento nos mais diversos campos de atuação jurídica. O reconhecimento de situações díspares entre as partes como aquelas identificadas pelas relações jurídicas de consumo, bem como o nível de ameaça para a sociedade constatada nos tipos ambientais, econômicos e na tutela do perigo abstrato no direito penal, demonstram essa tendência. Cada uma dessas figuras jurídicas rompe, de modo mais ou menos parecido, com aquelas concepções tradicionais, permitindo uma adequação da regulamentação jurídica às demandas atuais.

O objetivo dessas construções é simplificar a imposição de deveres pelo direito a partir da responsabilização de determinados setores da sociedade por custos gerados, mesmo quando não se tenham identificado os elementos tradicionalmente sustentados para isso. A idéia é desvincular a noção imposição de consequências jurídicas de atos voluntários que tenham sido praticados por determinado agente. A distribuição do risco se dá em termos bastante específicos, nos quais o agente pode ser levado a arcar com o prejuízo envolvido apenas porque está apto a carregar esse fardo, impedindo que seja repassado direta e difusamente à sociedade. Isso porque estaria melhor preparado para lidar com os custos decorrentes da situação jurídica descrita em relação ao patrimônio comum, considerando a posição social de vantagem em que ocupa nos arranjos atuais.

A diminuição dos requisitos jurídicos de caracterização dos tipos jurídicos é o instrumento pelo qual se pratica a distribuição de recursos sociais. Em tese, aqueles que estariam em posição privilegiada deveriam arcar com maior responsabilidade no financiamento do equilíbrio social do que os outros não apenas recebendo maiores encargos tributários, por exemplo, mas também sendo responsáveis por eventuais problemas que suas atividades causarem a outrem. Assim, no fundo, a diminuição dos requisitos jurídicos para a caracterização não significa que os requisitos de culpa e dano não sejam justos para o estabelecimento da responsabilidade, mas que, em determinados casos, é preciso ignorá-los para alcançar outros importantes objetivos sociais. Os próprios mecanismos jurídicos incorporam a lógica da distribuição atribuindo, de maneira diferenciada, o risco que a sociedade corre em não ter alguém responsabilizado nessas situações.

Entretanto, há outra dimensão da consideração jurídica do risco. Uma dimensão em que não se faz por meio da redução das exigências de imputação, mas da orientação dos termos em que a comprovação dos fatos deve ocorrer para não dar margem a erros de julgamento com reflexo na distribuição da justiça. Além das diferentes situações que se apresentam ao direito contemporâneo, o erro de julgamento é outro risco com o qual se deve lidar, permanentemente, na concretização do direito em qualquer de suas manifestações, seja pautado na idéia de justiça retributiva ou distributiva.

Ainda que sejam mecanismos orientados a diminuir as exigências de elementos para a constatação do direito, nenhum deles deixa de estabelecer uma conduta a ser comprovada de modo a desencadear uma intervenção jurídica. Todas as previsões jurídicas, referentes a sociedade de risco ou não, têm um amparo em condutas identificadas perante a realidade social como elementos de vinculação das normas àquilo que pretende tutelar. Subsiste, na concretização de qualquer figura jurídica, uma necessidade de demonstração dos elementos fáticos previstos para ser possível a postulação de determinada interferência jurídica.

Considerando tal natureza dirigida à vida social, as intervenções jurídicas sempre precisam ser concretizadas mediante situações verificáveis, capazes de ser comprovadas, para que atinjam seus objetivos. É da natureza do próprio direito a referência direta a acontecimentos sociais, pois seu propósito principal é voltado a essas práticas seja para orientá-las, promovendo valores publicamente reconhecidos (retributivos ou distributivos), ou mesmo, estabilizando expectativas. A comprovação desses dados é que, nem sempre, faz-se simples, transformando-se num problema que não pode ser ignorado, com grande repercussão na atuação judiciária.

Diante da impossibilidade do direito em prescindir de uma verificação prévia da descrição fática prevista na norma ao concretizar sua intervenção e das manifestas dificuldades de comprovação de determinadas situações de fato, é preciso notar que também essa atividade de investigação envolve riscos gravíssimos que precisam ser regulados.

Perceba-se: os riscos tutelados não são aqueles de imposição de custos sociais diretos, tutelados pela reforma de dispositivos jurídicos para sua alocação efetiva. Trata-se do custo do erro judiciário na apreciação dos fatos, modalidade mais abrangente e universalmente identificada no direito. É que proposições equivocadas sobre a leitura dos fatos em decisões jurídicas podem anular todo o esforço de controle social exposto na conformação das normas, caso permitam que assertivas temerárias possam resultar de sua apuração. É preciso afastar, ao máximo, a possibilidade de se sustentar conclusões fáticas com base em inferências concebidas de maneira insuficiente, sem o aporte necessário, possam determinar posicionamentos jurídicos que também ensejam riscos para os valores protegidos pelo direito.

Aliás, por meio de decisões sobre fatos, muitas iniquidades podem ser cometidas para concretizar o direito. Decisionismo sobre fatos são a fórmula mais banal de destruir as exigências de caracterização de tipo jurídico. Essa prática é bastante ameaçadora quando não se leva a sério a construção de uma argumentação racional como critério de verificação dos procedimentos judiciais.

A distribuição do risco através do controle do juízo de fato é tão importante quanto aquela concebida pelos institutos jurídicos, só que mais ampla por alcançar todas as relações jurídicas. Isso porque se dirige a situações de desnível entre os litigantes, tanto em relação a objetivos de justiça retributiva quanto a distributiva. Enquanto os tipos jurídicos respondem apenas ao estímulo que muda todo o paradigma de atuação do direito, a distribuição do risco por meio dos juízos de fato é mais sensível aos desníveis existentes mesmo nas situações retributivas. Parece uma espécie de mecanismo geral de distribuição do risco, centrando sua atuação em evitar erros judiciários e orientar a suficiência da prova.

Esse propósito pode ser identificado tradicionalmente na idéia de ônus da prova que, ao apresentar uma regra de julgamento a ser aplicada na falta de provas suficientes sobre determinada assertiva de fato, distribui o risco da falta de comprovação entre os litigantes de modo a viabilizar uma decisão. Normalmente, essa abordagem do instituto jurídico não é sequer relacionada dentre suas atribuições, mas ganha relevância quando se percebe o fenômeno jurídico a partir do conceito de risco, dando ainda mais importância ao contexto acima descrito e da chave interpretativa que vem sendo proposta. A regra geral de

imposição do ônus da prova para o direito brasileiro (CPC, art. 333), por exemplo, pode ser justificada não apenas na responsabilização de cada um por sustentar suas próprias alegações e criar incentivos contra a leviandade ou aventuras jurídicas; reflete também a inexistência de posições privilegiadas em relações jurídicas tradicionalmente concebidas. Tanto assim é que, em diversas situações de tutela do risco, o ônus da prova é manipulado em favor dos valores protegidos, desenvolvendo outro controle do direito sobre a legitimação de suas decisões.²⁵⁰

No caso de direitos construídos sobre uma idéia de justiça retributiva, as investigações criminais, por exemplo, exigem uma concepção de prova que proteja o acusado de conclusões apressadas sobre fatos de maneira bastante contundente. Por isso, a noção de ônus da prova, nesse caso específico, deve pender ao acusador, como consequência, respeitando a proteção conferida ao valor liberdade através da distribuição do risco de erro contrariamente ao Ministério Público.

Nas questões que envolvem a noção de justiça distributiva, podem ser, ainda, mais explícitas às variações do ônus da prova. Tome-se o exemplo do direito do consumidor. Não obstante a responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço seja amparada na teoria do risco, que dispensa o consumidor de comprovar a culpa do fornecedor pelo dano do produto, ainda assim, haveria de comprovar que o dano seria pré-existente, oculto, incapaz de ser vinculado com o uso posterior à compra. Não seria suficiente ao consumidor uma proteção que fosse restrita de elementos de decisão porque, ainda assim, seria prejudicado por não gozar de uma distribuição do risco também referente à comprovação dos critérios de materialização da responsabilidade pelo vício do produto. Eis o porquê da previsão da chamada “inversão do ônus da prova” no direito brasileiro ao art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor.²⁵¹

Esse encargo de provar parece ser instintivamente vinculado a essas modificações jurídicas cuja proposta remete à distribuição do risco para preservação de valores juridicamente tutelados, sendo corrente à interpretação do direito positivo a identificação de outras fórmulas de “inversão do ônus da prova” ainda que não previstas expressamente na legislação, como é o caso específico dos problemas vinculados ao direito ambiental. Nesse segmento do direito brasileiro, tem sido utilizado um paralelo com a regra prevista no Código de Defesa do Consumidor e referente ao princípio da precaução para

²⁵⁰ O desenvolvimento de uma noção de ônus da prova de acordo com a perspectiva apresentada é objeto do item 1.3, §9 abaixo.

²⁵¹ A identificação das regras especiais do ônus da prova é abordada na sequência do trabalho, em diversos itens que identificam saídas dogmáticas possíveis ao dilema. Cf. item 1.3, §§9, 10 e 11; item 2.

inferir a mesma norma para o direito ambiental. Não havendo qualquer referência legislativa para providenciar uma decisão proporcional às características da questão tutelada foi exatamente a noção de risco, dogmaticamente representada nos princípios que regem a matéria que assegurara a extensão de sua tutela também a uma constituição específica do juízo de fato.²⁵²

Como se demonstra, pouco adiantaria ao direito apresentar modificações em sua estrutura normativa para distribuir riscos para proteção de determinados valores se a apuração dos fatos vinculada a essa previsão não fosse acompanhada de mecanismos de controle equivalentes, prontos para impedir a abertura de uma válvula de escape que permitisse que tais disposições fossem controladas quando da apuração de questões empíricas. O juízo de fato é matéria indissociável da previsão jurídica quando o assunto é controle de riscos. São elementos concorrentes da concretização do direito que devem ser pensados conjuntamente na elaboração de ações jurídicas, como elementos de um único raciocínio.

As razões sociológicas apresentadas por esse viés de análise apenas corroboram tudo aquilo que foi apresentado no capítulo anterior a respeito da epistemologia social, conferindo-lhe mais justificativas para serem consideradas. Mais do que nunca, os problemas enfrentados nos tempos atuais rejeitam uma abordagem que desconsidere valores a serem protegidos considerando a fragilidade das inferências a respeito de fatos e a importância da consequência prática da sua determinação judicial. As construções feitas anteriormente, assim, têm urgência em serem adotadas pelo raciocínio jurídico de modo a

²⁵² O tema específico da inversão do ônus da prova em questões ambientais na jurisprudência brasileira pode ser identificado nos seguintes julgados do STJ:

PROCESSUAL CIVIL – COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL DE MULTA POR DANO AMBIENTAL – INEXISTÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL – PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – OMISSÃO – NÃO-OCORRÊNCIA – PERÍCIA – DANO AMBIENTAL – DIREITO DO SUPOSTO POLUIDOR – PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

[...] 3. O princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório, competindo a quem supostamente promoveu o dano ambiental comprovar que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva.

4. Nesse sentido e coerente com esse posicionamento, é direito subjetivo do suposto infrator a realização de perícia para comprovar a ineficácia poluente de sua conduta, não sendo suficiente para torná-la prescindível informações obtidas de sítio da internet.

5. A prova pericial é necessária sempre que a prova do fato depender de conhecimento técnico, o que se revela aplicável na seara ambiental ante a complexidade do bioma e da eficácia poluente dos produtos decorrentes do engenho humano.

6. Recurso especial provido para determinar a devolução dos autos à origem com a anulação de todos os atos decisórios a partir do indeferimento da prova pericial.

(STJ. REsp 1060753/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 14/12/2009). No mesmo sentido, cf. STJ. REsp 1049822/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/04/2009, DJe 18/05/2009 (com importante discussão sobre a impossibilidade de equiparar ônus da prova com ônus financeiro do processo).

permitir que a justificação dos fatos tome outra figura diante desses problemas. Em especial o direito, dentre todas as decisões práticas, considerando o alcance de seus institutos na esfera pública, precisa incorporar tais argumentos como essenciais para a legitimação das decisões que profere, tutelando o risco envolvido em cada uma delas. A questão do risco de erro quanto a decisão sobre fatos pode não ter sido originada na sociedade de risco, nem se restringir a esses mecanismos, mas se beneficia da generalização desse fator para ser introduzido, de uma vez por todas, na consideração de todas as decisões tomadas na esfera pública, inclusive essa.

Como o juízo de fato poderia apresentar controles de risco eficientes para uma concretização do direito compatível com as necessidades das múltiplas situações que regulamenta? A distribuição do risco por meio dos juízos de fato pode ser disciplinada por instrumentos dogmáticos de maneira específica e relevante para as relações jurídicas? Que diferença pode fazer na consideração das diversas questões envolvidas? O direito brasileiro se utiliza de estratégias para agir nesse sentido de maneira sistemática?

Essas perguntas são objeto das reflexões subsequentes. Primeiramente, serão enfocadas as respostas que a dogmática tradicionalmente apresenta às necessidades apontadas em relação aos juízos de fato, de modo a avaliar a adequação dessas alternativas. Em seguida, objetiva-se apresentar explicações e proposições a partir da chave teórica mostrada na primeira parte do trabalho em que se defendeu uma consideração do juízo de fato vinculada a questões axiológicas que autorizassem conclusões equilibradas quanto ao risco de suas afirmações.

1.3 Da distribuição do risco em juízos de fato

§9. *Ônus da prova, instrumento central.* Apesar do tema do risco não ser tradicionalmente abordado no estudo do ônus da prova pelo direito processual, pretende-se sustentar que tal conceito é essencial ao seu funcionamento perante o direito atual. Não obstante os estudos processuais deixarem de dedicar tradicionalmente a atenção devida para essa importante função do instituto, talvez nela resida a chave interpretativa mais importante para sua avaliação. A proposta de compreender o ônus da prova a partir do cálculo de risco que materializa, afigura-se correta em todas as suas instâncias e é muito importante para o desenvolvimento do tema central desse trabalho.

De uma vez por todas, é preciso perceber que o ônus da prova não é apenas uma regra positiva erigida pelo direito para retirar o fardo do julgamento dos ombros do juiz recalcitrante. Constitui-se parte integrante de uma categoria de regras necessárias a todas as

discussões de natureza prática, materializada no campo jurídico pela lei processual. Serve de instrumento essencial para orientar as decisões sobre fatos, fornecendo critérios para seu fechamento legítimo todas as vezes que for insuficiente a conclusão obtida a partir da avaliação das provas, mediante a responsabilização das partes pela comprovação de suas alegações.

O instituto do ônus da prova é uma espécie de reprodução do conceito de “*carga da argumentação*”, aplicável às discussões práticas em geral. Seu uso parte do pressuposto de que o discurso processual tem muito em comum com discurso prático geral, especialmente em relação a sua estrutura. Compartilham o objetivo de realizar cotejos de argumentos para possibilitar uma escolha justificada entre as alternativas de decisão ao problema apresentado. Por isso, operam por meio de concurso entre teses rivais, no qual é necessário que uma delas prevaleça sobre a outra em relação à consistência de suas fundamentações. Assim, há certa equivalência entre os critérios de regulamentação dos discursos de acordo com as características fundamentais de cada um deles, como neste caso em particular.²⁵³

O termo “*carga de argumentação*” designa um conjunto de regras estritamente vinculado com dois princípios que regulamentam a discussão prática, que estipulam a todos os participantes de uma discussão desse tipo o dever de fundamentar seus posicionamentos quando solicitados (exceto quanto haja razões para recusar a solicitação) e que afirmam a necessidade de ser coerentes em suas afirmações, de modo que sejam aplicáveis a todas as situações equivalentes a qualquer tempo. Tais princípios estabelecem aos participantes da discussão encargos em relação às suas pretensões, que têm de ser desenvolvidos no desenrolar da discussão para atingir objetivos semelhantes. Os encargos primários respondem a estrutura da argumentação que identifica, em face de problemas práticos, teses concorrentes que para serem consideradas devem ser minimamente providas de fundamentação razoável.

²⁵³ A base para a construção dessa aproximação é a principal obra de Alexy sobre argumentação jurídica, na qual ele defende que a argumentação jurídica é uma espécie de caso especial daquela aplicável ao discurso prático geral. Com isso, o autor cria bases para se estabelecer uma correlação entre as regras que regulamentam ambos os tipos envolvidos. A tentativa feita nesse texto é traçar um paralelo para identificar as semelhanças entre o conceito de ônus da prova e aquelas referentes às regras da carga da argumentação. Aceitar as regras de carga de argumentação como universais ao discurso prático e estendê-las ao âmbito do processo judicial não significa aderir integralmente a tese de Alexy, mesmo porque não há espaço dentre os limites desse trabalho para fazê-lo. A remissão se limita ao propósito de sugerir que diante da estrutura da discussão judicial como espécie de discussão prática, o instrumento de seu fechamento deve seguir as soluções consagradas nas discussões práticas. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Introdução Cláudia Toledo; Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 2ª. Ed. São Paulo: Landy, 2005, passim.

Entretanto, diante da estrutura contenciosa desse tipo de discussão, não basta apenas fundamentar seus próprios argumentos, sendo também imperativo demonstrar a superioridade deles em relação aos seus concorrentes para cumprir com o encargo atribuído pelas regras de discussão. Daí a utilidade da noção de “*carga de argumentação*”, que impõe ordem à fundamentação das discussões, ao fazer com que os questionamentos opostos às teses levantadas sejam limitados pela adequação de suas justificativas, com o objetivo de impedir a perpetuação da discussão que ocorreria se todas as assertivas fossem passíveis de livre questionamento. Mais do que isso, tal idéia viabilizaria o próprio fluxo de argumentação ao permitir seu avanço mediante o estabelecimento de premissas, ao verificar que não conseguem ser infirmadas pela tese adversária. Dessa maneira, tais regras criam limites artificiais à discussão para possibilitar o seu desenvolvimento mediante a imposição de encargos que condicionam a ampliação do debate. Em outras palavras: a discussão prática somente pode ser travada diante da possibilidade de se chegar a uma decisão e a criação de encargo aos participantes para a introdução de novos argumentos pode auxiliar nessa tarefa ao impedir sua ampliação despropositada.²⁵⁴

Para as discussões práticas, essa regra é de suprema importância, pois será critério de julgamento em muitos casos considerando que, nem sempre, circunscrevem-se a um campo dogmático definido e frequentemente podem se perder atrás de fundamentação para cada uma de suas premissas. Diante disso, é necessário ter instrumentos que viabilizem o debate e o resultado, delimitando o espaço de fundamentação ao necessário e construindo técnicas básicas de confronto entre os argumentos apresentados. A carga de argumentação limita o espaço para debate das teses que concorrem para influenciar a solução apresentada

²⁵⁴ Essa noção de carga da argumentação é pautada na apresentação de Robert Alexy sobre o item, concebida dentro de um esquema especial de regras do discurso prático racional. Na concepção do autor para esse tipo de discussão, os participantes podem problematizar qualquer assertiva na defesa de sua posição. Assim, é possível se qualificar como duvidoso qualquer argumento ao simplesmente indagar, tal qual uma criança, o porquê de tudo. Aquele que desafia o discurso ficaria numa posição muito cômoda de indagar sem ter que dar razões. Diante desse possível travamento do discurso se faz necessário atribuir a carga de argumentação entre os participantes do discurso que defendem outras teses, possibilitando o prosseguimento da discussão. Conforme acima afirmado a carga de argumentação deriva de outras regras gerais do discurso prático racional identificadas por princípio da universalidade (é preciso ser coerente na aplicação de predicados a determinado objeto, pois será necessário fazer sempre a mesma ilação) e do princípio da fundamentação (todos devem fundamentar suas posições quando solicitados, exceto quando haja razões para recusar a solicitação). Tal noção se materializa em regras importantes, intuitivas, que promovem a igualdade entre os participantes do discurso: [regra do discurso prático geral n. 3.1] Para tratar A diferente de B, é necessário fundamentar; [3.2] Quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão deve dar razão para isso; [3.3] Quem apresentou um argumento só é obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos; [3.4] Introduzir no discurso manifestação que não se refira a manifestações anteriores tem de fundamentar se lhe for requerido. Alexy, ob. cit., p. 190-198.

impedindo que o prosseguimento da discussão seja obstado por perguntas sucessivas, pondo em marcha a discussão rumo à decisão.²⁵⁵

Ao contrário do discurso prático racional, o discurso jurídico na modernidade se esforça para dogmatizar suas discussões, criando situação em que a necessidade da carga de argumentação é menos premente ante a limitação das razões jurídicas às regras positivadas, definindo critérios de julgamento mais fortes e substanciais para pautar suas decisões. Ainda assim, há regras equivalentes à carga da argumentação nesse tipo específico de discurso, que são designadas pelo conceito de ônus processuais, altamente controvertido na literatura jurídica. Entre as discussões sobre esse conceito, resulta importante a opinião de que se trata de uma espécie de *condição para realização de ato do próprio interesse, sem que a não-realização da conduta seja tida por ato ilícito*.²⁵⁶

Tomado nesse sentido amplo, o ônus seria um elemento importante para o processo judicial, atuando como uma forma de otimização das discussões travadas em seu seio. Nesse sentido, o processo envolveria diversas hipóteses de ônus para delimitação de seu âmbito debate e condução racional de seus termos. Dentre os casos de utilização desse conceito, seria possível destacar apenas como exemplo o ônus de alegar a matéria a ser debatida nas oportunidades processuais concedidas (para provocar adequadamente a decisão), ônus de impulsionar o processo (para impedir seu abandono), ônus de preparar o recurso (para impedir sua deserção); ônus de exhibir documento (para impedir a aplicação da pena de confissão); ônus de apresentar contestação (sob pena de julgamento à revelia), etc. Todas essas seriam regras específicas do discurso do processo judicial para proporcionar fundamentação e organizar técnicas de debate diante de sua natureza prática de teses concorrentes.²⁵⁷

O conceito de ônus processual, entretanto, seria mitigado em face de um processo judicial entendido sob uma perspectiva publicista atualmente dominante, que identifica escopos próprios que vão além da resolução do conflito.²⁵⁸ Dos diversos ônus

²⁵⁵ Essa característica da discussão prática vez por outra é transportada para o processo com manifesto insucesso. Basta verificar as limitações atribuídas ao que se chama de princípio dispositivo, que nada mais é senão a regra de carga de argumentação institucionalizada. No direito processual moderno, é bastante diminuto o espaço para essa regra. Cf. Badaró, ob. cit., 63-155.

²⁵⁶ Cf. diferenças entre os conceitos de ônus nos trabalhos de Carnelutti (manifestação da liberdade livre de coação) e Goldschmidt (imperativo do próprio interesse sob ameaça de prejuízo). Idem, p. 171-172.

²⁵⁷ Atribuindo grande importância a esse conceito, Goldschmidt teria procurado demonstrar que a relação jurídica processual o conceito de ônus substituiria o de direito subjetivo, na medida em que seria figura prevalente dentre seus institutos. CALAMANDREI, Piero, *Estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1961, p. 219.

²⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, passim.

apresentados, alguns deles são entendidos de forma relativa por não representarem verdadeiras condições para a identificação que se evite prejuízo ou goze de vantagens relacionadas ao seu cumprimento. Há excelentes argumentos, por exemplo, para não se limitar a discussão processual ao pedido em certos casos, mitigando o ônus de alegar em casos que envolve diferentes modalidades de interesse público.²⁵⁹ A participação das partes não poderia representar o único fator determinante para a decisão jurídica através do processo, permitindo-se que os encargos sejam supridos em determinadas situações.

Tal abordagem do ônus ainda cuida de importante papel em relação ao processo judicial ao proporcionar sua marcha em direção a decisão. Ainda que seja bem sucedido em limitar as discussões processuais, não seriam capazes de proporcionar sozinhos todos os objetivos da Jurisdição. O conceito de ônus apropriado pelo direito, não necessariamente, tem condições de ser utilizado como instrumento prevalecente nas relações processuais, abrindo espaço para sua mitigação em face de outros valores a serem preservados.

Essas regras todas, por mais que ocasionalmente mitigadas, são concebidas como elementos que possibilitam justificativas para encerrar a discussão processual ou partes dela, associados ao instituto da preclusão.²⁶⁰ São regras pautadas na mecânica do discurso prático adaptadas às necessidades prementes das instituições judiciais. Por vezes, todavia, as regras jurídicas o uso dos encargos funciona, tal como concebida em seus propósitos originários, em benefício do andamento da própria discussão, quando são alinhados com os valores que pautam as regras jurídicas.

O conceito de ônus da prova é um capítulo bastante específico para construção do processo pautado em regras gerais de argumentação. Diferentemente da discussão a respeito do sentido das normas jurídicas, essa regra se aplica a um campo apenas parcialmente dogmatizado que é o das investigações empíricas. Apesar das inúmeras regras probatórias que disciplinam essa investigação, não há uma fórmula de valoração da prova passível de ser prevista na legislação, deixando-se a questão da verdade ao conteúdo de diferentes abordagens epistemológicas. Justamente por causa da impossibilidade de identificação de critérios incontestáveis de avaliação do conjunto probatório, a noção de ônus se torna fundamental para a decisão em escala bem maior que os demais ônus na discussão processual.²⁶¹

²⁵⁹ GABBAY, Daniela Monteiro. *Pedido e causa de pedir*. São Paulo: Saraiva, 2010 (Coleção direito, desenvolvimento e justiça. Série Produção Científica).

²⁶⁰ Badaró, ob. cit., p.173-175.

²⁶¹ É nesse sentido a manifestação de Alexy ao refletir sobre a fundamentação das premissas empíricas no discurso jurídico, que compreendia métodos das ciências empíricas, máximas da presunção racional e regras a

Enquanto a dogmática se encarrega de criar parâmetros para a decisão de questões jurídicas detalhadamente construídos e discutidos, as questões empíricas dispõem dessa ferramenta para suas discussões de forma bem menos completa, atingindo apenas parte de todo raciocínio feito sobre o tema. As regras sobre formação do conjunto probatório, manutenção da imparcialidade do julgador, ou estipulam a maneira como as provas serão produzidas, apresentam poucas orientações para o juízo de fato formado livremente. Nessa hipótese, a conclusão do juízo de fato fica a mercê de inúmeras discussões que poderiam ser travadas em relação à verificação empírica do caso concreto, sendo necessária utilização de critérios que proporcionem legitimidade a seu fechamento.

Da mesma forma que os instrumentos de carga de argumentação, o ônus da prova estabelece que, não sendo satisfeito o encargo de fundamentação suficiente das versões levantadas sobre fatos, não serão reconhecidas como aptas a pautar essa parte do julgamento. Se é assim, o ônus da prova estabelece artificialmente um critério de decisão sobre fatos diante da ausência de comprovação das versões apresentadas, usando como parâmetro a responsabilização dos participantes pelas teses contrapostas. Diante disso, vincula o critério de decisão a fundamentação oferecida em relação a cada uma das teses, indicando que a vencedora dessa gincana será beneficiada pela decisão. Refletindo essa lógica, as normas sobre ônus da prova modernamente se estruturaram ao redor de uma regra geral, que estipula ao autor o encargo de arcar com a comprovação dos fatos constitutivos de seu direito e ao réu, os fatos impeditivos, modificativos e/ou extintivos do direito do autor. Finalmente, facilita a justificação da decisão por indicar como parâmetro aquilo que ocorre no âmbito da discussão.

A importância de relacionar o ônus da prova a essas regras do discurso prático reside na necessidade de identificar a similaridade na estrutura de ambos os discursos, possibilitando uma utilização legítima da técnica de atribuição de encargos que frise a responsabilidade dos contendores, de maneira equivalente, as responsabilidades pela comprovação de suas teses. Diante da estrutura desses tipos de discurso, é possível proporcionar uma decisão a partir da idéia de que os contendores repartem igualmente o risco da falta de comprovação de suas teses.

respeito do ônus da prova: “o que se considera como fato na fundamentação pode depender da interpretação de uma regra de ônus da prova” (Alexy, ob. cit, p. 227).

A identificação do juízo probatório com o raciocínio prático é corroborado pela tradicional referência do direito processual de que o objeto da prova é sempre a alegação de um fato e não o fato em si mesmo. Cf. SENTÍS MELENDO, Santiago. *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: EJE, 1978, p. 38.

Com base nessa noção algo instintiva, o ônus da prova se desenvolveu modernamente dentre os ordenamentos jurídicos como instituto caracterizado por sua finalidade e forma de operar: designa regra de julgamento na falta de comprovação suficiente das versões (aspecto objetivo), provocando os contendores a subsidiar seus argumentos com a apresentação de provas às versões referentes aos fatos (aspecto subjetivo). É importante destacar as duas dimensões desse conceito de modo a perceber adequadamente seu papel perante o juízo de fato, compreendendo-o, para além do instrumento de encerramento da discussão, como um elemento central para a argumentação sobre a prova.

Não obstante, vozes que argumentam serem essas duas dimensões formas excludentes de apresentar a natureza do instituto do ônus da prova,²⁶² acredita-se que sua melhor descrição se dá quando ambas são contempladas nesse conceito.²⁶³ Enquanto o desenvolvimento do conceito como regra de julgamento privilegia a função do instituto da perspectiva do uso feito pelo julgador, sua caracterização como instrumento de incentivo à comprovação toma em conta sua forma de operar a partir da estrutura do processo. Ambas são de extrema importância para a legitimidade da decisão processual.

A construção da premissa fática da concretização do direito se dá por meio de versões e contra-versões que se digladiam para prevalecer como base da concretização do direito, característica essencial do discurso prático. Evidentemente, isso não significa que a comprovação de uma determinada versão dependa da apresentação de provas pela mesma parte a quem aproveita, nem tampouco que o juiz seja destituído de qualquer poder instrutório.²⁶⁴ Indica apenas que a intensidade da intervenção das partes é essencial para a

²⁶² Os posicionamentos que afirmam ser o ônus da prova uma regra de julgamento o fazem apenas para contrapor a noção de ônus da prova como condição para reconhecimento de uma determinada versão apresentada nos autos. Mas essa alternativa não resolve o problema

²⁶³ Aqueles que aceitam que o ônus é tanto objetivo quanto subjetivo. Segundo as construções processualistas mais recentes, destaca-se no estudo do ônus da prova sua identificação como regra de julgamento que se explica simplesmente por ser uma válvula de escape às incertezas do processo em relação a matéria de fato, impedindo que a jurisdição deixe de oficiar mesmo diante da impossibilidade de averiguação dos fatos. Essa seria uma regra a funcionar como último recurso do juiz diante da impossibilidade de concluir validamente sobre os fatos da causa. Tal abordagem pretende afastar paulatinamente a idéia de que o reconhecimento de uma determinada versão sobre fatos deve ser defendida por iniciativa probatória da parte que lhe favorece. Refere-se a esse aspecto do ônus da prova apenas como estímulo psicológico redundante às partes para alcançar os provimentos requeridos.

Entretanto, considera-se que essa definição do ônus da prova atenta, de certa maneira, contra as características mais básicas desse instituto. Ao contrapor regra de julgamento e noção de encargo ignora-se a estrutura do processo que se constitui não de uma única investigação sobre os fatos, tal qual uma abordagem científica.

²⁶⁴ Comunhão da prova “a prova, depois de feita, é comum, não pertence a quem faz, pertence ao processo; pouco importa sua fonte, pouco importa sua conveniência.” Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a prova. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 35, jul-set., 1984, p.181. Segundo Liebman, a aquisição da prova e os poderes instrutórios atribuídos aos juizes diminuíram a importância do ônus subjetivo (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, v. II, 1959, p.89). Para uma

determinação dos fatos, sendo fundamental que esse aspecto seja considerado na elaboração desse instituto. Uma vez aceita essa construção concorrencial da premissa de fato, não se pode negar a importância da orientação que a regra do ônus da prova transmite às teses debatidas.²⁶⁵

A abordagem que entende o ônus da prova, a partir dessa dupla dimensão, evita isolar as perspectivas dos julgadores ou das partes no estudo desse mecanismo. Parte de uma perspectiva da argumentação em matéria de fato, identificando-o como elemento característico das discussões práticas das quais o processo faz parte. Se o juízo de fato é feito de argumentos voltados à construção de versões concorrentes sobre o ocorrido, não basta instituir um critério de decisão que leve em conta apenas a posição das partes na discussão. É preciso, de certa maneira, orientar as partes sobre o quê e como devem provar as versões que aproveitam.

Não havendo outros critérios jurídicos que balizem o juízo de fato, o ônus da prova toma importância central na regulação do juízo de fato. Uma vez que não há critérios definidos para avaliar os argumentos de fato diante de diferentes abordagens epistemológicas, a única orientação que se tem para esse julgamento se dá através desse instituto. As vagas linhas dessa baliza demandam pouco: saber sobre quem recai a expectativa da prova determina o comportamento da parte em relação à instrução e orienta o julgador na análise dos argumentos levantados. Com isso, a regra do ônus da prova se revela tão somente em torno da imputação às partes a responsabilidade de suas versões a respeito dos fatos sob o risco de não serem tidas por adequadas para funcionar como premissa da concretização do direito.

Dada essa concepção do ônus da prova, é preciso elucidar ainda mais um aspecto essencial para seu desenvolvimento adequado. Seguindo os importantes ensinamentos de Rosemberg, deve-se atentar ao papel do direito material na distribuição do ônus da prova. Para esse autor, cada parte deve afirmar e provar os pressupostos de fato que a norma material que dá sustentação ao seu pedido: “*A parte cuja petição processual não pode ter êxito sem que se aplique um determinado preceito jurídico – suporta o ônus da*

abordagem do ônus subjetivo como conceito orientado a psicologia do processo, cf. DINAMARCO, Cândido. *Instituições de direito processual civil*. 5ª. Ed. São Paulo: Malheiros, vol. III, 2005, p. 83.

²⁶⁵ Sobre a natureza prática das discussões acerca dos fatos no processo judicial, a posição de Moacyr Amaral Santos: “é legítimo não só em face do novo, mas também do Código anterior, o princípio jurídico segundo o qual compete, em regra, a cada uma das partes fornecer os elementos de prova das alegações que fizer [...] Ou, em outras palavras, o *onus probandi* incumbe, sempre, *ei qui dicit*.” Cf. SANTOS, Moacyr A. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, Vol IV, 1982, p.27.

afirmação e da prova de que as características definidores desse preceito estejam realizadas nos fatos.”²⁶⁶

Assim, o autor teria o encargo de provar a realização dos pressupostos fáticos do preceito que dá sustentação a sua pretensão. O réu deve provar os pressupostos da norma em virtude da qual alcança o rechaço da demanda. Não se trata de *atos constitutivos, impeditivos, extintivos ou modificativos, mas de normas que instituem os termos de constituição do direito e também de seu impedimento, modificação e extinção*. O fundamento do direito está nas normas, não, nos fatos. A única condição de distribuição acertada do ônus objetivo e subjetivo da prova seria a análise e decomposição dos preceitos jurídicos e de suas características.

Para Rosemberg, a regra do ônus da prova é fixa e abstrata em suas atribuições, havendo apenas a necessidade de definir quais elementos da norma ficam a cargo de cada parte. Nesse sentido, apesar do caso concreto ser fundamental para a definição da aplicação da regra, o critério é prévia e fixamente definido. Deve-se, primeiro, considerar as características abstratas da norma material para, em seguida, verificar se os fatos alegados e as provas produzidas a elas se amoldam. Dessa maneira, o ônus da prova somente tem uma possibilidade de distribuição, pois o processo concreto, em nenhuma circunstância, discute o encargo atribuído a cada parte, apenas quais matérias devem ser compreendidas nesse encargo.

A partir dessa explicação, Rosemberg pretende opinar sobre o problema da ação declaratória negativa, em que há certa confusão sobre o que deve ser provado por cada parte. Segundo afirma, é o réu que tem de provar a existência da relação jurídica, da mesma forma como se tivesse ele proposto a ação declaratória de existência de seu direito. A ligação com o direito material permite precisar quem ficará encarregado de cada um dos itens necessários à conformação do direito.²⁶⁷

Considerando todas essas características, o ônus da prova se afigura perfeitamente desenvolvido perante o direito. A regra geral é materializada no CPC, art. 333, repetida por várias outras experiências jurídicas mundo afora, encontraria um critério definitivo para os julgamentos jurídicos em face da natureza prática da matéria submetida ao processo judicial. Ocorre que a regra geral, cuja força é intuitiva e racionalmente

²⁶⁶ “La parte cuya petición procesal no puede tener éxito sin que se aplique um determinado precepto jurídico soporta la carga de la afirmación y de la prueba de que las características definidoras de ese precepto están realizadas em los hechos.” ROSEMBERG, Leo. *La carga de la prueba*. 2ª. Ed. Trad. Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002

²⁶⁷ Idem, p. 376-384.

reconhecida, tem encontrado grande necessidade de expressar significados que vão muito além do que a exploração tradicional desse conceito sugere.

Submetido as mais diversas situações para concretização do direito, a regra geral do ônus da prova, por vezes, encontra sérias dificuldades de aplicação. É que, nem sempre, a igualdade entre os contendores pressuposta por esse instituto é adequada às diferentes formas de proteção que o direito oferece a determinados bens jurídicos materiais, ou mesmo compatíveis com as características de cada decisão processual. Essa relação entre ônus da prova e as características do debate jurídico impõem considerações de ordem epistemológica, moral, e pragmática em sua definição. Não se trata apenas de identificar quais matérias cada parte deve provar a partir do direito material, como sugere a compreensão de Rosemberg sobre esse conceito. E, sim, de assinalar o encargo de provar de forma compatível com a tutela justificada do bem jurídico, adaptando-o às características do direito material tutelado e as necessidades específicas de cada decisão processual.

Essa relação, que vincula ônus da prova e influxos materiais e processuais, está longe de ser óbvia, mas definitivamente é preciso perceber sua importância. A comprovação dos elementos que dão ensejo à determinada figura jurídica pode determinar, na prática dos julgamentos, o tipo de proteção a que se lhe atribui. A exigência de uma prova plena para possibilitar a proteção judicial a determinado bem pode, muitas vezes, inviabilizá-la. Há dificuldades relacionadas à comprovação dos próprios requisitos do direito material para obtenção de uma tutela jurídica favorável. A comprovação dos elementos que constituem a norma jurídica pode ser um entrave insuperável para sua efetiva aplicação. Assim, normas destinadas a destacar determinado bem jurídico em relação a outros precisam repassar essa proteção também para a instância probatória sob pena de não proporcionar adequadamente essa tutela.

O ônus da prova, em primeiro lugar, é influenciado pelo direito material, o que se revela fundamental à legitimidade das decisões em matéria de fato do processo judicial contemporâneo. Trata-se da consagração também no campo probatório de seus escopos públicos de promoção adequada do direito material. Impõe a esse tipo de argumentação um cuidado especial na decisão sobre fatos quando relacionada ao julgamento de uma relação jurídica que protege uma parte de forma mais incisiva do que a outra.

Para apresentar essa explicação, é necessário recorrer à primeira parte do trabalho, onde se estabeleceu que os juízos de fato são construídos não apenas pela averiguação da verdade, mas, também, com elementos axiológicos (Q) que concorrem para legitimar as decisões sobre fato no processo judicial. A introdução desse elemento na

estrutura argumentativa do juízo de fato viabiliza uma decisão legítima mesmo diante da permanente impossibilidade de se alcançar a verdade última, ao orientá-lo sobre quem deve correr os riscos de eventuais erros dela resultantes e em que medida esses riscos devem ser distribuídos. São esses elementos axiológicos que têm uma relação direta com o direito material, pois é sempre correspondente à proteção que se atribui ao bem jurídico sob análise.

A comparação entre o ônus da prova no processo civil e no processo penal pode ajudar na compreensão de como o direito material influencia no sentido da regra do ônus da prova. Uma relação contratual que envolve dois particulares a respeito da compra de um automóvel não envolve proteção específica a nenhum dos bens jurídicos envolvidos na transação. Tanto uma parte tem direito a receber um automóvel tal como descrito pelo contrato e considerando as regras gerais de boa-fé como também a outra deve receber integralmente o preço do bem, segundo as condições estipuladas. Em se tratando de partes que recebem igual consideração do direito, de maneira alguma seria possível alocar sobre qualquer delas o risco do erro. Nessa espécie de relação jurídica, o risco do erro é neutro porque reflete a igual proteção que o direito destina aos bens jurídicos relacionados. Da perspectiva do direito, o recebimento do automóvel nas condições acertadas por um dos particulares é tão importante quanto o outro receber o valor. É lícito concluir que de frente a um elemento axiológico desse tipo, que reflita a rigorosa igualdade de proteção aos bens jurídicos envolvidos, a decisão não pode reputar qualquer deles como responsável por um encargo maior que o do outro, sob pena de criar obstáculo indevido ao reconhecimento do direito. Um não pode correr mais riscos que o outro quanto à apuração dos fatos: somente podem ser repartidos de forma equivalente.

Situação inteiramente diferente se verifica em relação à apuração da autoria e/ou materialidade de um crime, como, v.g., o de homicídio por atropelamento. Não é possível, nesse caso, atribuir ao acusado o encargo de provar que não foi o responsável pelo atropelamento. Uma vez reconhecido que o direito penal se pauta na idéia de que é mais aceitável ter vários culpados absolvidos do que um único inocente preso, materializado na idéia constitucional de presunção de inocência, não é possível atribuir a eles o risco da falta de provas que caracterizem sua versão. O elemento axiológico nesse caso estipula o risco de maneira diferente, impedindo que a regra geral do ônus da prova incida da mesma maneira nessa relação jurídica.²⁶⁸

²⁶⁸ Badaró, ob. cit., p. 280 e seguintes; 300 e seguintes.

Assim, o nível de proteção que o direito material atribui ao bem jurídico em questão influencia, de maneira determinante, na atribuição do ônus da prova justamente porque atribui de maneira diferenciada os riscos do erro judiciário entre os litigantes. A noção de risco, nesse sentido, passa a ser necessariamente relacionada com a leitura que deve ser feita sobre o ônus da prova. Embora a questão do risco não esteja identificada no conceito de ônus da prova, relacionado com regras do discurso prático geral, os critérios axiológicos estão umbilicalmente ligados a sua determinação porque expressam uma dimensão clara da proteção de determinados bens jurídicos, impedindo que esteja suscetível às imperfeições da cognição dos fatos.²⁶⁹

As construções tradicionais, entretanto, não partem do mesmo pressuposto por não levar em conta qualquer elemento axiológico no juízo de fato. Ao desconsiderar esse elemento axiológico, a regra de ônus da prova se limita a dizer que cada um se responsabiliza por provar aquilo que é do próprio interesse e a matéria que deve ser provada para isso. Com isso, o instituto fica totalmente cego para a diferença entre cada situação, atraindo problemas quando de sua aplicação para os casos em que não haja igualdade formal na proteção dos bens jurídicos tutelados.

Não se trata de um erro na consideração do que significa o ônus da prova, conceito que manteve sua estrutura ao longo da história moderna do processo. Segundo se apresentou nesse trabalho, a falha está na própria construção do juízo de fato alienada de elementos axiológicos que orientam as conclusões e ampliam a rede de proteção do direito também para o âmbito da comprovação dos fatos que se afigura essencial para fazê-la

²⁶⁹ Essa suspeita é corroborada por vários estudos a respeito do ônus da prova, ainda que não se refiram a essa estrutura dos juízos de fato. Nesse sentido, afirma-se: “Também a repartição do ônus da prova no processo deve ser repensada a partir do norte teleológico da *adequada tutela de direitos*.”

Todo processo representa um risco para as partes envolvidas. O autor, que efetivamente é o titular do direito material, ao propor uma ação perante o Poder Judiciário, passa a correr o risco do processo e da decisão. Também o réu – quando se opõe ao direito pleiteado pelo autor –, corre o risco do processo e da decisão. O risco é um dado insuperável no processo vez que a realidade fática – que forneceria um dos principais pressupostos para as decisões – nunca é reproduzida com toda a complexidade no processo. Por vezes, esta realidade demora a ser (re) produzida no processo; muitas vezes, esta realidade nunca virá a aparecer.

O tempo é também um dado insuperável no processo que reflete o inafastável risco. Maior ou menor, toda a decisão, para ser proferida, passa por algum procedimento que leva tempo. A doutrina tem apontado para a necessidade de uma equitativa distribuição do tempo no processo. Assim, Ovídio Batista da Silva assevera que o tempo do processo onera unilateralmente o autor que realmente detém o direito material, em favor do réu que pode fruir do processo, até que uma decisão seja proferida.

A repartição do ônus da prova também promove uma repartição de riscos no processo, dotada de frieza, por vezes distante do direito material e do calor do conflito travado entre as partes. Como se pretende adiante demonstrar, a equitativa distribuição de risco pela falta de provas no processo, bem como a adoção de técnicas de repartição do ônus da prova vinculadas ao direito material discutido constituem medidas fundamentais para a *adequada tutela de direitos* por meio do processo.” LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.116-117.

prevalecer, isso não está sendo providenciado por essa construção axiologicamente isolada do ônus da prova.

A consideração da proteção conferida aos bens jurídicos é que se afigura essencial para a adequação do ônus da prova às diferentes situações que se lhe apresentam. O que determina a imposição dos riscos para cada uma das partes não é precisamente a atribuição do ônus da prova que sempre existirá em discussões práticas. Não se retira o ônus de comprovar de um dos participantes pela mera indicação do risco. O que se pode fazer é atenuá-lo, indicando, mediante tal critério axiológico, o nível de comprovação que deve apresentar para fazer valer seu direito.

Não é apenas em relação ao direito material que a regra de ônus da prova falha em apresentar soluções adequadas. Os influxos do próprio processo referentes à consideração de situações simples como a revelia no processo civil ou mesmo pronúncia no processo penal tampouco são percebidas como problemas que demandam sua aplicação diferenciada. Cada uma dessas decisões enseja uma atribuição diferenciada dos riscos do erro em matéria de fato originária do próprio procedimento e tampouco são passíveis de identificação pela noção apresentada de ônus da prova.

Esses assuntos serão abordados mais adiante, ao se considerar os critérios de suficiência para o juízo de fato, figuras dogmáticas destinadas a suprir essa lacuna na sistemática de sua regulamentação processual. Por hora, é suficiente identificar que a designação genérica dos ônus da prova e sua perspectiva tradicional nos estudos jurídicos não tem por hábito investigar como se dá o raciocínio referente aos fatos e, por isso, torna-se incapaz de perceber o movimento integrado que a decisão sobre fatos precisa para atingir seus objetivos epistemológicos ou axiológicos quando de sua aplicação. Assim, não tem meios para perceber as diferenças que precisam considerar ao julgar situações diferentes de maneira adequada. Resulta dessa compreensão do instituto que a atribuição de encargos aos contendores não é feita de forma válida porque sua formulação insípida não tem meios para considerar as diferenças indicadas nas diferentes situações jurídicas.

Ainda que a construção tradicional do ônus da prova não seja sensível, em princípio, aos riscos espalhados nas investigações sobre fatos que influencia, a experiência jurídica jamais se furtou em compreender a inadequação resultante dessa regra a inúmeros casos que requerem sua aplicação. Nesse cenário, várias regras especiais foram criadas para viabilizar uma distribuição mais adequada dos riscos do erro de fato do que aquela proporcionada pelo ônus da prova. Todo um sistema de regras foi elaborado para dar conta

das situações que não seriam adequadamente decididas se fossem relegadas à regra geral do ônus da prova.

A seguir, são apresentados os elementos dogmáticos utilizados nessa empreitada e que tentam suavizar o problema criado pela regra geral. Mesmo eficientes, tais soluções, de modo algum, podem ser consideradas ideais. Como se sustenta adiante, as regras especiais servem apenas de paliativo ao problema da distribuição do risco, porque se restringem às situações que tutelam e dificilmente permitem a extensão de suas soluções para casos que necessitam dos mesmos ajustes.

§10. Sobre o conceito de presunção. A primeira e mais utilizada de todas as técnicas de manipulação do risco do erro de fato aceita pelo raciocínio jurídico é identificada no uso das presunções.

A palavra presunção é uma das mais enigmáticas utilizadas em direito. Caso se parte de seus vários usos correntes no jargão jurídico, é simplesmente impossível sua compreensão, considerando o emprego que é feito para designar situações totalmente distintas. Presumir a filiação de criança nascida na constância do casamento, presumir a inocência dos réus em processos penais e presumir a violência de relações sexuais praticadas com menores de catorze anos são usos bastante diferentes do mesmo vocábulo. Ainda assim, tanto o jargão forense quanto o acadêmico perpetuam esse uso problemático do termo, resultando em grande dificuldade em sua sistematização perante o direito.²⁷⁰

Não obstante os conceitos jurídicos sejam harmonizados de forma mais ou menos satisfatória na prática jurídica e na doutrina processual, os propósitos desse trabalho de releitura do direito probatório por novas chaves interpretativas exigem certa revisão dos usos tradicionalmente empregados com objetivo de viabilizar uma aproximação entre os temas relacionados. Nesse sentido, o conceito de presunção não pode ser abordado a partir da utilização que encontra na legislação, doutrina ou prática jurídica, mas de uma perspectiva que o observe como argumento diferenciado a respeito de juízo de fato em

²⁷⁰ Essa constatação não se restringe a um ou outro ordenamento jurídico ocidental, sendo possível perceber um uso abrangente da palavra em sistemas e tradições jurídicas distintas. Ronald J. Allen corrobora com essa posição ao afirmar: “The word ‘presumption’ is simply a label that has been applied to a widely disparate set of decisions concerning the proper mode of trial and the manner in which facts are to be established for the purpose of resolving legal disputes. These decisions are, or at least should be, reached by relying on normal evidentiary concepts and policies. Moreover, it is the failure to recognize that the word ‘presumption’ is simply a label applied to a range of evidentiary decisions that has caused essentially all the confusion and controversy surrounding presumptions, as well as doomed to failure the extensive efforts to elaborate on the nature of presumptions.” ALLEN, Ronald J. Presumptions in civil actions reconsidered. *Iowa Law Review*, n. 66, 1980-1981, p. 845.

especial, relacionado com a distribuição dos riscos que podem advir dessa decisão. Assim, apenas por esse motivo, a perspectiva de análise não será desenvolvida a partir de seu uso consagrado, embora se dirija a eles para compreendê-los nos limites dessa abordagem.

Considerando essa proposta, inicia-se a análise desse conceito fundamental para o raciocínio de deliberações práticas e jurídicas tomando como referência o texto de Ullmann-Margalit, destinado a propor-lhe um conteúdo específico e possibilitar seu emprego adequado, diferenciado dos outros significados que lhes são atribuídos. Trata-se de um estudo sobre as presunções que não se limita à utilização jurídica do termo, ainda que reconheça grande importância aos debates conduzidos nesse âmbito. Tal estudo tem como objetivo analisar a estrutura da presunção, tomando esse conceito como uma técnica argumentativa a ser utilizada para o julgamento de questões práticas.²⁷¹

Segundo propõe a autora, a característica central do conceito de presunção remete à necessidade de se *aceitar algo como verdadeiro* com o objetivo de viabilizar uma decisão. A presunção é uma regra que estabelece um caminho seguro para se passar da premissa à conclusão num raciocínio inferencial em particular. Essa proposta possibilita que a inferência seja estabelecida pela seguinte expressão: toda vez que for verificada a premissa x, aceita-se como verdadeira a conclusão y.²⁷²

A regra consiste numa estratégia aplicada a raciocínios inferenciais que autorizam uma conclusão a ser obtida quando determinadas premissas forem verificadas, mesmo quando essas premissas não sejam consideradas definitivas para subsidiá-la. É um instrumento de facilitação da comprovação. Estabelece um caminho seguro para passar das premissas à conclusão, que, ao invés de submeter o raciocínio inferencial às dúvidas resultantes de uma investigação livre, usa de uma regra para garantir esse resultado, seja ela pautada na probabilidade, em valores a serem protegidos ou considerações processuais.²⁷³

²⁷¹ ULLMANN-MARGALIT, Edna. On presumptions. *Journal of philosophy*, n. 3, 1983, p. 143-163.

²⁷² Ullmann-Margalit resume esse conceito na fórmula “pres (P,Q)”, a qual explica da seguinte maneira: “The presumption formula is read, then, as ‘P raises the presumption that Q’ or, alternatively, as ‘There is a presumption from P that Q.’”. Essa fórmula não é seguida estritamente nesse trabalho na medida em que se prefere inseri-lo do esquema proposto no primeiro capítulo, mais adequado para perceber a argumentação em matéria de fato de um modo geral. Cf. Ibid., p. 147, et. seq. Muitas críticas são apresentadas contra essa fórmula especialmente por no texto de Mendonça no qual não se aborda a justificativa da presunção importante para sua consideração jurídica dos argumentos de fato. Diante de suas críticas o autor propõe outra fórmula de compreender a presunção: $[Pro(P) \ \& \ \neg Pro(\neg Q)] \rightarrow O \ Pres \ Q$, a qual se lê: provado P e não provado que não-Q, é obrigatório presumir Q de P. Apesar de explicar de maneira bastante competente o mecanismo da presunção, tampouco identifica elementos essenciais para a discussão que apresentamos. Cf. MENDONÇA, Daniel. Presumptions. *Ratio Juris*. Oxford: Wiley-Blackwell/Università di Bologna, Vol. 11, n. 4, december 1998, p. 407.

²⁷³ Aceitar uma determinada inferência sobre fatos é adotar a estratégia de aceitar o seu acerto diante de um contexto específico baseado em certas provas, argumentos, inferências ou deliberações. Consiste em estabelecer premissas que sejam aceitas para garantir determinada conclusão de um argumento. Não há relação

Aplicada especificamente aos raciocínios de fato, a regra de presunção não seria relacionada a uma técnica para descobrir aquilo que efetivamente ocorreu. Sua função principal é proporcionar a decisão de determinada situação, mesmo não existindo elementos exaustivos para determinar a conclusão sustentada, por meio de critérios que estabeleçam respaldos *a priori*. São estabelecidas com o objetivo de inferir fatos controversos diante de situações básicas, antecipando uma possível resposta. É uma espécie de reconhecimento de que um caminho específico que liga premissas e conclusões pode ser utilizado como regra geral para decidir um determinado universo de casos, quando não houver elementos exteriores a essa regra capazes de obstar sua utilização.

Tem o objetivo de eleger um critério em princípio satisfatório para alcançar uma decisão minimamente legítima. Trata-se de um mecanismo que parte de premissas predeterminadas para alcançar determinada conclusão, com base em razões consideradas suficientes para sustentá-la, embora não possam ser consideradas definitivas. Com isso, o conceito se afigura indissociavelmente vinculado com a *derrotabilidade* das inferências que constitui, na hipótese de haver prova suficiente de que o fato presumido não ocorreu.

Um conceito descrito com essas características pode ser ilustrado no exemplo de um pai que pede a um detetive que encontre seu filho desaparecido anos após um desentendimento que os afastou. O detetive descobre que o filho se mudou para outro país, tendo constituído família com mulher e filhos, mas o detetive também descobre que ao participar de uma regata, há mais de três anos, o barco que navegava desapareceu não havendo notícia dele ou da tripulação desde então. Diante disso, o detetive o dá como morto, *presumindo* com base em indícios que argumenta serem suficientes.

Assim, é possível argumentar que há três elementos compõem a estrutura típica da presunção: o primeiro pode ser denominado [a] fato base, que relaciona as observações que servem de indícios ou sinais para indicar uma conclusão (na espécie, o desaparecimento do barco por mais de três anos); o segundo é designado por [b] fato presumido, ou a conclusão que se suspeita, conjectura-se (a morte do filho); e, finalmente, a [c] conexão entre fato base e fato presumido, enunciado geral cuja aceitação autoriza passar de um para

necessária entre aceitar a premissa e acreditar nela. Posso aceitar utilizar uma presunção, mas não necessariamente acreditar que ela conduza a resultados corretos. O inverso também é verdadeiro: posso acreditar em sua correção, mas não aceitar sua utilização. Aceitação nesse contexto não detém um sentido exclusivamente epistêmico, dependendo de outros fatores para ser utilizado. Mendonça, ob. cit., p. 400-402.

outro fato (“do desaparecimento de embarcação por mais de três anos em dadas condições é melhor concluir que não apresenta sobreviventes”).²⁷⁴

A partir dessa formulação é possível utilizar o esquema de Toulmin para apresentar essa inferência teórica onde: o fato base se traduz nos dados ou elementos de prova (G); os fatos presumidos são identificados com o conceito de pretensão (C); e as regras de presunção equivalem às garantias propostas (W). As garantias são os elementos principais dessa estratégia, pois são suas qualidades que garantem a união estática proposta. Essa construção tem uma peculiaridade em relação às inferências normais: os elementos utilizados e sua disposição no esquema inferencial são equivalentes, mas é preciso notar que estão cristalizados de maneira a condicionar a suficiência das provas oferecidas. A presunção aplica sobre as inferências um esquema que preconcebe o caminho da conclusão antes de ser trilhado, para possibilitar um cenário de suficiência das provas produzidas. O modelo preconcebido, sempre será uma garantia de suficiência (Q) para a legitimidade da conclusão.

Esquema 5 – Atuação da regra de presunção na argumentação sobre fatos.

A relação entre garantia (W) e apoio (B) é diferente na constituição da presunção, pois não é estabelecida para o caso mediante argumentos sustentados com base em provas específicas. Trata-se de relação abstrata, conforme razões que não podem ser

²⁷⁴ Exemplo e elementos do esquema da presunção são propostos por Regla em ensaio fundamental para o desenvolvimento do assunto na tradição jurídica continental, escrito a partir da doutrina espanhola. Cf. REGLA, Josep Aguiló. Presunciones, verdad y normas procesales. *Revista Isegoría*. n. 35, jul-dec., 2006, p. 9-31.

identificadas numa determinada categoria, sendo possível a utilização de vários tipos de justificativa. A presunção do desaparecimento no caso relatado poderia se dar em razão (B) “daquilo que geralmente acontece”, por ser “o que seria mais saudável supor” ou ainda “o mais adequado para fins de cuidado com os bens deixados”. Entretanto, inferência construída em abstrato para casos correntes não impede o questionamento da validade dessa estratégia em cada circunstância.²⁷⁵

A derrotabilidade das presunções é característica essencial de sua definição, considerando que a concepção em abstrato da inferência sempre está sujeita a questionamentos (R). A presunção pode ser atacada por três diferentes maneiras que envolvem oposição à regra de presunção; aceitação da regra, mas oposição à ocorrência do fato base; ou aceitação da regra e fato base, mas excepcionar a conclusão. Tanto se pode infirmar sua legitimidade diante da inconsistência da regra de presunção, inocorrência dos fatos base, como também é possível verificar que, apesar da regra indicar uma proposição e os fatos bases estarem provados, a conclusão não ser identificada naquele caso específico. Em todos os casos, o objetivo é o mesmo, rejeitar o auxílio da presunção.

Talvez a grande diferença entre uma presunção e um raciocínio inferencial comum é que a presunção, ao cristalizar um caminho para ligar determinadas premissas a uma conclusão, considerada, abstratamente, viabiliza uma inferência que possibilita a constatação de fatos a partir de uma regra fixa de experiência. O raciocínio da presunção exige um esforço dedutivo de aplicação de sua regra abstrata ao caso concreto. Possibilita a simplificação da investigação, ao estabelecer um caminho muitas vezes trilhado de maneira antecipada, impedindo que a falta de comprovação definitiva impeça seu reconhecimento diante de dada regra geral. Ao contrário das inferências comuns que exigem um apoio para suas máximas de experiência, a presunção estipula uma regra desvinculada e anterior à própria discussão.

Diante dessa definição, tal fórmula argumentativa encontra dois diferentes desdobramentos no direito ordinariamente identificados em seus manuais. As presunções para o direito somente podem ser identificadas quando construídas com base na recorrência de casos concretos (chamadas presunções judiciais) ou quando instituídas pela própria lei (presunções legais). Nessas, a regra de presunção é fixada por meio da legislação, fazendo opções de justificação por um determinado sentido da decisão de modo a não permitir

²⁷⁵ A presunção sempre é elaborada sob elemento de parcialidade, ao determinar a preferência por certas soluções sobre algumas outras. Isso poderia ser justificado de várias formas. Ullmann-Margalit distingue 3 diferentes: razões de probabilidade, proteção de determinados valores ou referentes a facilitação da prova. Ullmann-Margalit, ob. cit., p. 157-163.

questionamentos sobre sua validade quando respeitados seus propósitos. É diferente das presunções judiciais, em que a regra de presunção é criada pelo julgador, de acordo com as chamadas máximas de experiência, estando sujeita ao questionamento completo.

As presunções judiciais materializam a aplicação desse tipo de argumento na justificação das decisões em matéria de fato. Pode ocorrer que, em relação a fato decisivo para o julgamento de uma causa, a investigação conduzida processualmente não seja capaz de viabilizar elementos diretos e suficientes de decisão, apesar de haver meios de prova que atestem a ocorrência de fatos que são normalmente reconhecidos como adjacentes àquele que se pretende provar. Propondo uma relação abstrata entre o gênero de fatos verificados e a conclusão que se pretende sustentar, o objetivo é viabilizar uma decisão baseada na força justificadora da presunção.

Na linguagem técnica do direito processual, a presunção se utiliza de indícios de ocorrência do *factum probandum* para, a partir de uma regra geral, afirmá-lo como suficiente para estabelecer a premissa de fato do silogismo jurídico. Fundamentada em indícios tal presunção é bastante assemelhada com o raciocínio normal das inferências de prova livre com uma diferença importante: na presunção, não se defende a suficiência da prova, mas a comprovação dos requisitos exigidos para incidência da regra ou a validade da própria regra.

276

Exemplo de presunção judicial é verificado nos casos de investigação de paternidade em que o investigado se recusa a prestar exame de verificação biológica da paternidade. Para todos os efeitos, estabeleceu-se que essa recusa daria ensejo à presunção de paternidade, caso não existissem provas em contrário para elidi-la. Tal regra de presunção foi gerada no seio dos tribunais e percorreu longo caminho até ser reconhecida em 2002 de modo genérico pelo Código Civil ao art. 232, em 2004, como súmula do Superior Tribunal de Justiça especificamente em relação à paternidade e, finalmente, foi recentemente reconhecida na lei federal 12.004/2010.

Há, no entanto, muitas outras formas de construir presunções desse tipo, como é o caso das formuladas em relação aos acidentes de automóveis em que um dos envolvidos abalroa o outro por trás. Não havendo outras provas diretas sobre o ocorrido, prevalece a ilação de uma tradicional presunção judicial que argumenta que, em acidentes desse tipo, culpa-se aquele que vinha por trás, considerando que a distância regulamentar e os níveis de velocidade devem ser suficientes para evitar esse tipo de choque. Nenhuma regra sustenta

²⁷⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. In: *Temas de direito processual – 1a. série*. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 59.

essa presunção embora seja bastante difícil negar sua procedência, tanto assim que se sustenta ao longo dos anos.²⁷⁷

Por outro lado, as presunções legais se utilizam do mesmo mecanismo para impor às decisões determinado caminho para proporcionar comprovações em situações específicas. A diferença em relação às presunções judiciais é o modo de validação da presunção, que ganha aporte legal. Assim, a presunção legal tenta excluir um dos ataques possíveis à sua utilização, referente à pertinência de sua proposição ao caso tutelado, considerando o efeito da lei em suprimir a validade dessa discussão a menos que se trate de uma incompatibilidade sistêmica que indique a inconstitucionalidade da previsão, por exemplo.

Exemplo de presunção legal pode ser identificado na posse do título de crédito pelo devedor, a qual gera presunção de satisfação da dívida contra o credor, segundo art. 324 do Código Civil vigente. A apresentação do título pelo devedor impõe ao credor o dever de apresentar elementos de convicção ou razões para elidir a referida presunção, já que a lei estipula que tal posse indica o resgate do título. Por esse meio, a lei tenta solucionar as condições de julgamento as quais incidirão decisivamente na sorte da atividade cognitiva e decisória, portanto fundamental para o processo na sua busca da promoção da justiça e da legitimidade como instrumento.

Dessa maneira, o conceito de presunção limitar-se-ia ao que se chama em direito de presunções *juris tantum*, que remete a uma forma específica de comprovação de determinados fatos enquanto admitem sempre prova em contrário. Nenhuma outra designação do termo presunção é aceitável nos termos acima estipulados, considerando o

²⁷⁷ ACIDENTE DE TRÂNSITO - REPARAÇÃO DE DANOS - COLISÃO TRASEIRA - PRESUNÇÃO DE CULPA - RECURSO PROVIDO.

Tratando-se de abaloamento na parte traseira, culpado, em linha de princípio, é o motorista que colide por trás (CTB, art. 29, II), invertendo-se, em razão disso, o ônus probandi, cabendo a ele comprovar a existência de um fato que desautorize essa presunção. VEÍCULO TRANSITANDO COM CORTINAS FECHADAS - VEDAÇÃO PREVISTA NO ART. 111, II DO CTB - CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO AFASTA A CULPA DO RÉU QUE COLIDE NA TRASEIRA DAQUELE VEÍCULO. A existência de cortinas fechadas nas áreas envidraçadas do veículo do autor, que se encontrava parado no semáforo vermelho, poderia, no máximo, atrapalhar a visão externa traseira do próprio condutor do veículo, sem qualquer influência, contudo, quanto à visão frontal do condutor do veículo que seguindo atrás veio com aquele colidir. A vedação legal às "cortinas fechadas" dentro do veículo refere-se apenas ao fato de que sua existência impediria a visão externa do condutor deste veículo a partir do retrovisor interno, fato corrigível pela existência dos espelhos retrovisores externos. (TJSP - Apelação: APL 992080300374 SP; Rel. Des. Clóvis Castelo; Julgamento: 01/03/2010; Órgão Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Publicação: 10/03/2010).

Cf. também a posição do TRF 2ª Região nos seguintes julgados: TRF2 - APELAÇÃO CÍVEL: AC 330316 2000.50.01.000690-0; Rel. Des. FERNANDO MARQUES; Julgamento: 08/09/2004; Órgão Julgador: QUARTA TURMA; Publicação: DJU - Data: 01/10/2004 - Página: 268; TRF2 - APELAÇÃO CÍVEL: AC 419256 RJ 2002.51.01.021811-2; Relator(a): Des. LUIZ PAULO S ARAUJO Fº/no afast. Relator; Julgamento: 10/09/2008; Órgão Julgador: SÉTIMA TURMA ESPECIALIZADA; Publicação: DJU - Data: 23/09/2008 - Página: 294.

conceito abraçado. As fórmulas que constam do direito, também designadas por presunção, têm significados diversos desse e merecem ser afastadas desse conceito para os propósitos aqui apresentados.²⁷⁸

As presunções, ainda que totalmente harmonizadas com o sistema processual vigente, destoam de sua linha mestra ao perceber que os propósitos da cognição processual sobre os fatos não se limitam a juízos empíricos. São elementos vestigiais de prova legal tolerados por possibilitarem uma modalidade excepcional de avaliação das questões de fato que permitam interferências não epistemológicas tomem parte desse raciocínio, para cumprir com função indispensável ao direito. Com isso, são considerados elementos legítimos de atuação perante o juízo de fato, introduzindo elementos de outra forma negligenciados pelo raciocínio identificado a partir do livre convencimento.

§11. Segue: Presunção como instrumento de atribuição específica do ônus da prova. Diante desse conceito de presunção característico de discussões práticas como aquela que ocorre no processo judicial, é preciso verificar qual função desempenha na argumentação empregada para a resolução de problemas dessa natureza. Especialmente quando aplicado a situações de fato ínsitas ao processo judicial, esse conceito apresenta grande valor por proporcionar uma espécie de facilitação do raciocínio de sua comprovação ao eleger um caminho específico que garante o reconhecimento de uma versão desde que preencha os requisitos que estabelece. Sem dúvida, a utilização desse expediente causa

²⁷⁸ As normas de presunção identificadas pela expressão *iure et de iure* não fazem jus a essa nomenclatura porque não estão formuladas nos limites apresentados. Somente podem ser identificadas por esse conceito a partir da perspectiva do legislador, que fez uma presunção, mas não ditou uma norma de presunção.

Trata-se de nomenclatura que o direito positivo brasileiro vem corretamente abandonando. Quando a lei estipulava que a usucapião se constituía, após a comprovação da posse por mais de 20 anos, instituindo presunção absoluta de boa-fé do adquirente, o legislador, na verdade, afirmava que apesar do instituto exigir esses dois requisitos para sua constituição, uma deles era presumido diante de tanto tempo de posse. Mas da perspectiva da aplicação do direito, não importa se houve uma presunção quando da elaboração da norma. Importa apenas se os requisitos que a norma institui. Daí porque no caso da usucapião, ao não exigir boa-fé somente se está criando uma nova modalidade de usucapião e não se está presumindo de modo “absoluto” a presença de seus requisitos. Isso é reconhecido pela própria redação do instituto pelo Código Civil de 2002, no qual não mais se vê referências ao vocábulo presunção (Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis).

O mesmo ocorreu com a previsão referente a presunção de violência sobre a qual dispunha o Código Penal ao art. 224 da sua redação original. Àquele dispositivo se dizia que nos crimes cometidos contra os grupos de pessoas ali identificados (menores de catorze anos, alienados ou débeis mentais ou quem não pudesse oferecer resistência), seria presumida a violência da ação criminosa com consequências diretas para a instituição da sanção penal. Novamente nesse caso não se trata de instituição de presunção, mas de novos tipos penais, circunstância que foi reconhecida tanto pela Lei 8.069/90 quanto pela nova Lei 12.015/2009 que pune especificamente os crimes contra esses grupos sem fazer remissões a presunção (ex. art. 213, p. único).

A categoria *iure et de iure* é prescindível em termos teóricos. Há outras explicações mais promissoras do que incluí-las dentre as normas de presunção. Cf. Regla, ob. cit., p. 25-31.

grande impacto no conteúdo da decisão sobre fatos, que precisam ser bem compreendido para otimizar sua utilização.

A função primordial das presunções é introduzir, no raciocínio puramente empírico, a consideração de valores promovidos pelo direito. Isso fica claro quando se considera os fundamentos que subsidiam o uso das presunções, pois sempre buscam promover uma causa justa. Não há presunção constituída sem uma fundamentação axiológica calcada em objetivos compartilhados com o ordenamento jurídico.²⁷⁹

Os fundamentos das presunções podem ser classificados em três distintos grupos dentro dos quais todas podem ser encontradas. Talvez o mais frequente se sirva de considerações *probabilísticas* para sustentar a presunção, calcada na intenção de tornar as decisões jurídicas o mais próximo da verdade possível. Essa fundamentação da presunção pode se descrever a partir do seguinte enunciado: sempre que ocorrer P, Q é mais/menos frequente que não-Q. Presunção fundada na probabilidade é admitida, por exemplo, nos casos de desaparecimento como acima relacionado. Mesmo não havendo argumentos empíricos evidentes disso, autoriza-se a identificação dessa conclusão a partir de uma concepção do provável, conferindo a proteção jurídica mesmo sem provas definitivas.²⁸⁰

Razões *garantistas* também podem subsidiar presunções. A gravidade das consequências jurídicas de determinadas previsões legais em relação a uma das partes em comparação a outra colocam um peso muito grande sobre o juízo de fato. Em determinadas situações, considera-se mais aceitável correr o risco de lesar um bem jurídico em relação a outro considerado mais valioso. Tal construção pode ser enunciada da seguinte maneira: as consequências de presumir Q quando ocorrer P são mais/menos severas do que as consequências de presumir que não-Q quando ocorrer P. Há um verdadeiro “*trade-off*” entre valores protegidos pelo direito, que atinge a consideração dos fatos. Considera-se, por exemplo, mais aceitável se privilegiar o acesso à justiça de alguém que se declara pobre do que lhe impor provas definitivas de sua condição, presumindo-se da mera declaração seu estado de pobreza.²⁸¹

²⁷⁹ Cf. Mendonça, ob. cit., p. 40 e seguintes.

²⁸⁰ Basta relembrar o exemplo acima referente a presunção da morte por desaparecimento e verificar seu equivalente legal no Código Civil brasileiro (art. 7º e art. 22 e seguintes) para se ter uma noção de presunção calcada em probabilidades.

²⁸¹ Seria o caso específico da assistência judiciária, em que se cria regra de experiência por meio da qual toda alegação de pobreza para fins de obtenção de assistência judiciária será admitida diante dos valores contrapostos: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. DECLARAÇÃO DE POBREZA. PRESUNÇÃO JURIS TANTUM. ÔNUS DA PARTE ADVERSA.

Finalmente, é de se considerar ainda que há considerações *procedimentais* que são levadas em conta ao se construiu uma presunção. Em geral, visam restabelecer um equilíbrio probatório entre as partes em conflito dada a diferente dificuldade de prova que para as partes tenham fatos relevantes. (mais difícil encontrar provas: no caso de ocorrer P, é mais/menos difícil encontrar evidências em favor de Q do que em favor de não-Q). Tais hipóteses são, de maneira corrente, designadas por prova diabólica, onde a situação acaba por impor a uma única parte a comprovação de um fato de difícil demonstração, ensejando presunção a partir de determinados elementos ainda que reconhecidamente não representem comprovação plena.²⁸²

Apesar dessa não ser a única forma de classificar a fundamentação das presunções, indisputavelmente todas as classificações consideram esses elementos como predominantes no uso prático e jurídico.²⁸³

Essas justificativas em estabelecer presunções têm um sentido próprio e muito importante em discussões dessa natureza: alocar sobre determinada parte a carga mais pesada da prova. Ao se estabelecer regras gerais de comprovação, possibilitando inferências em que conclusões possam ser obtidas a partir de dadas premissas, está-se automaticamente atribuindo ônus de ter que provar/não ter que provar para as partes em conflito. Automaticamente, trabalha-se com a idéia de benefícios e cargas processuais, facilitando para uma parte e, ao mesmo tempo, dificultando para sua antagonista.

1. Para a obtenção do benefício da assistência judiciária gratuita é suficiente a simples afirmação do interessado de que não está em condições de pagar as custas do processo e, se for o caso, os honorários de advogado, sem prejuízo de sua manutenção ou de sua família.

2. A declaração prestada na forma da lei firma em favor do requerente a presunção *juris tantum* de pobreza, cabendo à parte adversa o ônus de provar a inexistência ou o desaparecimento do estado de miserabilidade.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no MS 15282 DF 2010/0086545-3; Rel. Min. CASTRO MEIRA; Julgamento: 25/08/2010; Órgão Julgador: S1 - PRIMEIRA SEÇÃO; Publicação: DJe 02/09/2010)

²⁸² Esse caso específico não conta com grande utilização das presunções no direito nacional. Mas imagine-se um caso em que um funcionário público exonerado a bem do serviço público durante o regime militar entre com ação judicial pedindo reintegração ao afirmar que a demissão teve motivação política. Ao decidir o caso o juízo resolve se utilizar de uma presunção ao afirmar que diante da dificuldade de provar esse tipo de motivação do ato administrativo admitirá que a comprovação se faça apenas levando em conta a comprovação de que teve seus direitos políticos caçados pela Administração direta. Assim, seria criada uma presunção ao possibilitar que uma determinada situação que não necessariamente implica nessa conclusão será suficiente para sustentá-la por conta da dificuldade de apresentar comprovações nessa situação.

²⁸³ Há quem busque outros tipos de classificação como se observa no trabalho de Regla: “Otro tipo de razones están vinculadas con la función de estabilización de expectativas y situaciones que pretenden cumplir las instituciones. Así el dictado de una norma de presunción puede resultar coherente con esa pretensión y no ser tanto el resultado de dar cuenta de una ‘regularidad’ pre-existente cuanto de intentar establecer una ‘normalidad’ institucional. Piénsese en las presunciones que responden a razones estrictamente institucionales, como la presunción de constitucionalidad de las leyes, de legalidad de la actuación de la Administración, etc. O, en que quedaria la institución del matrimonio (heterosexual) si no se estableciera la presunción de paternidad. O, si resulta impensable, por ejemplo, el establecimiento de una presunción de filiación matrimonial para los hijos nacidos dentro de un matrimonio homosexual entre mujeres donde una de ellas es la madre natural.” Regla, ob. cit., p. 18-19.

É que, uma vez aceita (ou pelo menos não derrubada) a regra da presunção, mas discordar de sua conclusão, tem contra si a carga de argumentação e/ou prova. É assim, as presunções cumprem a função de distribuir as cargas de argumentação e prova ao facilitar para uma parte cumprir com seu encargo, deixando outra a incumbência de apresentar argumentos contrários. Daí não ser equivocado dizer que a presunção, sendo possível de ser derrotada, viabiliza uma distribuição do risco do erro de fato entre os litigantes da discussão prática e do processo judicial.²⁸⁴

As presunções que operam mediante os 3 elementos básicos do raciocínio (fato base, fato presumido, nexa causal), possibilitam a identificação do fato base como elemento de prova direta, capaz de ensejar a identificação do fato presumido. Isso significa que opera por de maneira a modificar o *thema probandum* e, com isso, distribui a carga da prova apenas em relação àquela situação específica em que fatos determinados tem de ser provados. Facilitam a uma determinada parte o ofício de provar, mas não lhe exonera de provar o fato base. Além disso, caso haja outras comprovações a adjacentes a serem feitas no mesmo processo, tampouco são atingidas por essa inversão específica.²⁸⁵

Embora a relação entre a presunção estabeleça uma relação contingente entre as regras que institui e a verdade, é amplamente legitimada por levarem ao juízo puramente

²⁸⁴ Há três formas de opor-se à presunção: [a] opor-se a própria regra que a institui; [b] aceitar a regra mas opor-se a ocorrência do fato base; [c] aceitar regra e fato base, mas excepcionar a conclusão. Apenas nos casos [b] e [c] se aceita a regra de transição nos aproxima da verdade material, operando a presunção em termos dialéticos como uma regra de distribuição da carga de argumentação ou prova. No caso [a] rechaçar os termos materiais significa também rechaçar os termos processuais e dialéticos. Regla, ob. cit., p. 13.

²⁸⁵ Barbosa Moreira corrobora com essas assertivas ao perceber, ainda nos anos de 1970, essa mesma construção: “Do exposto ressalte com meridiana clareza a função prática exercida pela presunção legal relativa: ela atua – e nisso se exaure o papel que desempenha – na distribuição do ônus da prova, dispensando deste o litigante a quem interessa a admissão do fato presumido como verdadeiro, e correlativamente atribuindo à outra parte quanto ao fato contrário. O que há de importante sublinhar aqui é que essa atribuição prescinde de qualquer referência à posição acaso ocupada no processo pela pessoa de que se trata. Em geral, como se bem sabe, o ônus da prova é distribuído precisamente em função dessa posição; quer dizer, o critério básico repousa na circunstância de ser autor ou réu, no processo, o sujeito considerado: de acordo com as regras tradicionais, se autor, caber-lhe-á provar o fato constitutivo do (suposto) direito; se réu, os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos. A presunção legal, porém, faz abstração dessa circunstância que, nas restantes hipóteses, é decisiva: a pessoa a quem a presunção desfavorece suporta o ônus de provar o contrário independentemente de sua posição processual, nada importando o fato de ser autor ou réu. Não parece inteiramente exato dizer, todavia, que a presunção legal (relativa) se resolve em inversão do ônus probandi. Com efeito, o resultado da aplicação da regra especial (contida no dispositivo que estabelece a presunção) pode perfeitamente coincidir, em determinado caso, com o resultado que se obteria aplicando à espécie a regra geral de distribuição daquele ônus. Isto é: pode acontecer que o ônus houvesse mesmo de recair, em virtude de sua posição processual, sobre a pessoa a quem a presunção legal desaproveita. É claro que a importância da presunção legal avulta precipuamente nos casos de não-coincidência, pois nestes é que ela produz efeitos práticos apreciáveis; mas permanece válida a observação de que as presunções legais não constituem propriamente exceções à regra comum sobre distribuição do ônus da prova: as normas que as consagram são, isso sim, normas especiais, que prevalecem sobre a regra geral, sem necessariamente contradizê-la in concreto.” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. *Temas de direito processual: primeira série*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 60-61

empírico alguns elementos axiológicos incidentes sobre a discussão que ocasionalmente são expressos em regras jurídicas. Utilizando essa técnica, permite-se que os riscos da falta de comprovação em determinados casos jurídicos sejam controlados justamente por serem construídos atalhos para as comprovações em determinadas situações que são reconhecidas por terem de ser mais protegidas do que outras, seja porque identificam elementos que aumentam a probabilidade de verdade, seja porque impedem que se arrisque direito importante em detrimento de situação menos importante ou porque possibilitam uma comprovação onde de outra maneira seria impossível. Diante de uma regra geral do ônus da prova cega para valores, é fundamental utilizar regras como essas para suprir as lacunas que deixam pelo caminho.

Assim, as presunções são mecanismos de introdução de valores nos juízos de outro modo meramente empíricos, para balancear o perigo que a decisão pode representar para a valorização de determinados direitos especialmente considerados na sociedade contemporânea. Por meio da cristalização do raciocínio de fato, pretende-se estabelecer uma garantia de suficiência (Q) sobre a conclusão compatível com a tutela jurídica existente no caso. Ao invés de modificar tal elemento diretamente, utiliza-se de um instrumento de garantia (W) para vincular um caminho específico que considera apto a alcançar essa garantia.

Ocorre que tais critérios específicos não se afiguram suficientes para a formação do julgamento consoante o imperativo de legitimidade perseguido pelo processo como meio de promoção da ordem jurídica justa. Em diversas oportunidades, o caso concreto revela que a regra do interesse e a proposição do ônus da prova de forma específica à relação jurídica em dadas situações não satisfazem a multiplicidade de situações apresentadas pela prática.

A crítica é aplicável às presunções legais *juris tantum*, é no sentido inverso daquela apresentada a regra geral do ônus da prova. Não são demasiadamente genéricas tais regras, mas excessivamente específicas, tutelando apenas e tão somente uma única situação, no máximo extensível nas hipóteses de integração hermenêutica. Há situações que comportam inúmeras peculiaridades que impedem um acolhimento integral dessa lógica. O sistema de presunções concebido tanto no direito processual quanto em relação ao direito material se revela insuficiente para tutelar tanto aos direitos privados e as relações jurídicas infinitamente mais complexas identificadas na contemporaneidade.

§12. *Outros instrumentos de atribuição excepcional do ônus da prova.* Não obstante a importância da técnica de presunção para atribuição do ônus da prova, não é

sempre que ela pode ser erigida, considerando seus limites conceituais.²⁸⁶ Ainda assim, mesmo diante à impossibilidade de utilização dessa técnica específica de modificação da regra geral do ônus da prova, outras são previstas com a mesma finalidade no ordenamento jurídico brasileiro e encontram razoável amparo na tradição continental. Normalmente são denominadas impropriamente de “inversão do ônus da prova”, alcunha que designa várias situações diferentes.

A impropriedade da expressão deriva do significado semântico atribuído ao vocábulo “inversão”, ensejando confusões na compreensão do instituto. No vernáculo, “inverter” sugere tanto “trocar de posição” quando apenas “alterar posição”, sendo que não se pode admitir os dois na compreensão desse tema.²⁸⁷ Na espécie, não se trata de inverter no sentido de trocar de posição o ônus da prova, pois, obviamente, não se pretende atribuir ao autor a comprovação dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito que ele próprio alega, nem, ao réu, a comprovação dos fatos constitutivos do direito do autor. O que se pretende é uma alteração da posição das partes em relação à regra geral que pode se dar em vários termos. Diante da ambiguidade da designação consagrada, tem-se por bem modificá-la para esclarecer seu conteúdo, ao denominar essas técnicas de atribuição excepcional do ônus da prova.

Tal rubrica reúne várias técnicas distintas que visam alcançar o mesmo objetivo de alterar a conformação da regra geral para torná-la mais adequada ao controle do risco em algumas situações. crucial destacar que, assim como as presunções acima estudadas, esses mecanismos de atribuição do ônus da prova também funcionam com base em diferentes fundamentos, tentando cobrir todas as hipóteses em que a regra geral do ônus da prova tem de ser alterada. Também aqui se percebe que o propósito do instituto é distribuir riscos de acordo com a necessidade de identificação do mais provável (considerações probabilísticas),

²⁸⁶ O vocábulo presunção é utilizado no texto em acepção bastante específica e conforme desenvolvido no §10, acima. No âmbito do discurso prático racional, toda atribuição excepcional da carga de argumentação em matéria de prova pode ser designado por “presunção racional”: “Frequentemente os falantes estão de acordo com as premissas normativas, mas discutem sobre os fatos. Às vezes, o conhecimento empírico necessário não pode ser alcançado com a certeza desejável. Nesta situação são necessárias regras de presunção racional.” (Alexy, ob. cit., p. 207). Neste ponto são apresentadas outras regras que compõem a idéia de “presunção racional”, mas que não se adéquam ao conceito assumido de presunção.

²⁸⁷ Dicionário Michaelis *inverter*. *in.ver.ter* (lat *invertere*) *vt*d e *vpr* 1 Virar(-se), voltar(-se) em sentido oposto ao natural; trocar a ordem de colocação: “Senhores, eu inverteo a fórmula com que costumam rebater-nos” (Rui Barbosa). “Eu apenas invertei contra ele a ordenação” (*idem*). *Invertem-se os papéis*. *vt*d 2 Alterar, mudar, trocar, transtornar: “...casuístas que o dogma invertem a favor do lucro” (Porto Alegre). *vt*d 3 Empregar (capitais) em. *Var*: *interverter*. MICHAELIS: *Dicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos, 2000.

proteção do direito material (garantistas), restabelecimento de um equilíbrio probatório não mantido pela regra geral (procedimentais).²⁸⁸

Apresentam-se a seguir, classificadas em três grupos principais, manifestações comuns dessa atribuição excepcional do ônus da prova, conforme estudados no direito brasileiro. Os grupos são designados conforme sua previsão legal e doutrinária de modo a facilitar a identificação. As espécies analisadas são: [a] inversão convencional do ônus da prova; [b] inversão *ope legis*; [c] inversão judicial, subdividida nas hipóteses de [c.1] verossimilhança ou [c.2] hipossuficiência.

É possível se pactuar sobre a inversão do ônus da prova por meio de contratos com o objetivo de modificar a regra geral desse instituto prevista na legislação, normalmente utilizado diante de situação que seja capaz de criar embaraços à comprovação para uma das partes, embora possa se utilizar dos outros fundamentos para ser ajustada. Trata-se de disposição contratual, concebida de maneira independente do processo judicial, que projeta eventualmente seus efeitos para dentro desses domínios, pautando a decisão judicial. A possibilidade de utilização desse expediente é concebida pelo parágrafo único do próprio art. 333 do CPC, que se destina a impedir eventuais abusos no uso dessa possível norma contratual.²⁸⁹

²⁸⁸ Essas razões genéricas para inversão do ônus da prova, já analisadas acima em relação ao uso da presunção, são as mesmas utilizadas em estudos diferentes em relação ao ônus da prova. Eis o posicionamento de Mueller e Kirkpatrick ao discutirem as razões para a alocação dos ônus no processo judicial. “[...] the reasons that account for the allocation of burdens can be given only in general terms by reference to four broad concerns: First, and perhaps most important, burdens are allocated to serve substantive policy, making it easier or harder for plaintiffs to recover or defendants to avoid liability. In negligence cases plaintiffs will more likely recover if the defendants bear the burdens of the issue of contributory negligence. In a suit against an insurance carrier on a double indemnity life insurance policy, seeking recovery for alleged accidental death, the beneficiary will more likely recover the full sum if the carrier bears the burdens on the question whether suicide was the cause of death.

Second, we allocate burdens so as to recognize what is most probably true. In a contract suit, for example, it is unlikely that *none* of the conditions precedent to defendant’s obligations have occurred, for few plaintiffs would waste time and money bringing suit to such cases. It is more likely that most conditions have occurred. In light of this reality, the rules put on defendant the burden of specifically alleging that certain conditions have not occurred. (Recall, however, that when a defendant does allege that conditions have not occurred, plaintiff bears the burden of persuading the trier of fact that the conditions have occurred.) In similar vein, we all know that a properly posted letter is almost always delivered to the addressee in due course, so we have presumption to this effect.

Third, we allocate burdens so as to place them on the party most likely to have access to the necessary proof. In a suit against a bailee for damage to goods, for example defendant is more likely than plaintiff to be able to show (if such be the case) that something other than its own negligence was the cause, and typically bears the burden on this issue. Similarly, it is easier for a debtor to prove payment of an obligation than for the creditor to prove non payment, and for this reason usually the burden of proving payment is allocated to the defendant. Fourth, we allocate the burdens to help resolve cases where definitive proof is unavailable. Thus, absence for seven years without tidings raises a presumption of death, unless someone offers proof that the person in question is still alive.” MUELLER, Christopher B.; KIRKPATRICK, Laird C. *Evidence under the rules: texts, cases and problems*. 6th. Ed. New York: Aspen Publishers/Wolters Kluwer Law & Business, 2008, p. 678-679.

²⁸⁹ Dinamarco, ob. cit., p. 78-79

A disposição legal apenas reflete o cuidado que o direito dirige a determinadas relações jurídicas ao impedir que a própria vontade de seus titulares crie obstáculos a efetivação de seus direitos. Daí porque veda que direitos indisponíveis sejam objeto desse tipo de pacto, ou que, por meio dele, instituam-se situações iníquas que inviabilizem a comprovação para uma das partes. Pretendem impedir que direitos sejam comprometidos quando da discussão de sua efetivação por meio desse tipo de pacto.²⁹⁰

Essas disposições são muito importantes para a segurança de determinadas relações jurídicas, nas quais se antecipa, por exemplo, a dificuldade de acesso de uma das partes a documentos essenciais para comprovação da licitude de seus atos antecipadamente reconhecida. A possibilidade de fazê-lo nesses casos dá a dimensão da importância da comprovação para efetivação dos direitos previstos pela legislação. Trata-se, também aqui, de um mecanismo de contenção dos riscos de uma relação jurídica na qual se percebe, quando de sua estipulação, os obstáculos que poderiam incorrer ao necessitar reclamar judicialmente algum direito.

Outra figura recorrente que carrega a alcunha de “inversão do ônus da prova” se refere a regras jurídicas cogentes que estipulam uma atribuição desse encargo de modo diferente da regra geral em face de relações jurídicas nas quais sejam sempre possíveis identificar em quaisquer de suas derivações o mesmo desequilíbrio probatório. Tem sido designada por inversão *ope legis* do ônus da prova, ao ser definida em confronto com a inversão judicial adiante abordada. Trata-se de hipótese em que a própria legislação altera a regra geral em relação a um tema específico inserido numa relação jurídica mais ampla para proteger um determinado bem jurídico de situação de desnível do perigo dessa decisão.

Prescindindo da valoração da prova, essa regra se antecipa a qualquer característica do caso concreto para inverter o ônus da prova para todas as hipóteses, sejam quais forem, dentro de um determinado tema. O exemplo mais lembrado dessa opção é aquele previsto ao art. 38 do CDC no qual se pretende proteger o consumidor de abusos na veiculação de anúncios publicitários, correspondendo à previsão do parágrafo único do art. 36 que impõe ao fornecedor que a manutenção de dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem publicitária para informação dos legítimos interessados. Para isso, o dispositivo afirma que, em matéria de veracidade e correção da informação publicitária, o ônus da prova cabe àquele que a patrocina. Por meio desse dispositivo, pretende-se prevenir ações abusivas em campanhas publicitárias sobre um dado produto ou

²⁹⁰ Essa disposição também consta do Código de Defesa do Consumidor, art. 51, VI ao vedar esse tipo de inversão em prejuízo do consumidor taxando-a de cláusula abusiva.

serviço ao já estabelecer, de antemão, que acusações de má-fé na veiculação da publicidade por atribuir-lhe qualidades inexistentes, deverão ser provadas por aquele que as veicula. Nessa hipótese, não há exceções diante da uniformidade das situações relacionadas a essa relação jurídica: todas implicam mesma disciplina do ônus, firmando uma regra geral no universo particular daqueles casos.

Observe-se que o conteúdo da inversão neste caso se restringe apenas àqueles que coloquem em pauta a veracidade e não-enganosidade referente à publicidade veiculada. É de se perceber que, mesmo diante dessa mesma relação, outros pontos eventualmente controvertidos que exijam prova não estarão sujeitos a alterações da regra geral na atribuição do ônus da prova. A regra *ope legis* parece escolher detalhes específicos de uma determinada relação jurídica e nela operar cirurgicamente, modificando a atribuição normal do ônus para oferecer proteção do risco do erro. Dessa maneira, não é possível utilizar essa técnica senão para cumprir com os fundamentos garantistas de ônus da prova, considerando que não é possível pautar alterações desse tipo para promover as soluções mais prováveis (mais adequadamente estipuladas por presunções) ou referente à dificuldade dos casos (que sempre precisa de considerações dos casos concretos para funcionar).²⁹¹

§13. *Segue: Atribuição judicial do ônus da prova.* O mecanismo mais interessante e de maior amplitude dentre todos aqueles utilizados para alcançar uma correta distribuição dos riscos da investigação processual é tradicionalmente identificado por “inversão judicial do ônus da prova”. Na identificação desse tipo específico de atribuição do encargo, já se encontra sua pista principal para identificar seu conteúdo: ao se contrapor a inversão legal que se impõe a todos os casos descritos sobre uma determinada relação jurídica, esse depende de avaliações do caso concreto para poder ser aplicada. Justamente por depender dessa análise específica é que se confere ao juiz a responsabilidade por tal atribuição.

O estudo dessa figura por parte do direito brasileiro é especialmente relacionado ao art. 6º, VIII do CDC, na medida que, primeiro disciplinou essa forma mais ampla do ônus da prova, livrando-a das amarras de contratos e aplicações específicas previstas na legislação anteriormente apresentadas. Essa previsão possibilitou, de modo inédito no direito brasileiro,

²⁹¹ “O art. 38 cuida da inversão do ônus da prova somente da veracidade e não-enganosidade. [...] Outros componentes ou circunstâncias da relação obrigacional (por exemplo, o dano) também podem ter o ônus da prova invertido, só que por decisão judicial, nos termos do art. 6º, inc. VIII, do CDC”. Cf. GRINOVER, Ada P. et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 371-372.

que, dentro de todo um ramo do direito, fosse possível a modificação do ônus da prova, considerando apenas as características da relação jurídica envolvida e do processo judicial que a deduz para decidir sobre quem recairá o risco da falta de comprovação das versões levantadas nos autos. Ao monopolizar o cenário jurídico nacional a respeito desse abrangente instituto, a tal dispositivo legal levou a duvidosa impressão de que essa possibilidade se restringe ao direito do consumidor.

As discussões a respeito do art. 6º, VIII do CDC se centram nos requisitos estipulados pela legislação e algumas outras dificuldades enfrentadas pelo instituto em sua prática pelas instituições brasileiras. Literalmente, a regra institui como direito básico do consumidor “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a *inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.*” Diante dessa regra, são basicamente 4 as questões que se apresentam como importantes para a compreensão do instituto: [a] Qual o fundamento desse tipo de consideração do ônus da prova, diante das diferentes razões para serem alocados?; [b] Qual o significado dos termos verossimilhança e hipossuficiência em relação a esse instituto específico? [c] Verossimilhança e hipossuficiência são requisitos alternativos ou cumulativos para a concessão dessa inversão? [d] Em que momento processual deve se dar tal inversão?²⁹²

A primeira questão apresentada gira em torno das razões aventadas para estipulação desse mecanismo de alocação do ônus da prova. Esse dispositivo específico sugere que essa inversão está intimamente relacionada a casos de atribuição garantida desse encargo, razões que visam proteger determinados valores jurídicos em algumas situações que sejam fundamentais sua proteção do erro judiciário. Por isso, somente pode ocorrer em casos referentes a relações de consumo, nas quais os direitos do consumidor merecem o benefício da dúvida ao serem alegados por conta de sua fragilidade em relação ao fornecedor na sociedade de massa.

É justamente diante dessa fragilidade que se justifica a exceção à regra geral, fazendo com que o fornecedor seja responsável, em grande parte dos casos da comprovação de suas razões, para se contrapor, de maneira eficaz, aos pedidos dos consumidores. Para a

²⁹² Deixa-se de destacar uma questão que em princípio foi bastante discutida, mas que no presente não mais encontra-se em debate a respeito da discricionariedade do juiz em inverter o ônus da prova. Quase unanimemente se afirma que a inversão do ônus da prova é uma extensão das garantias do consumidor e deve ser aplicada sempre que forem verificados seus requisitos. Há um juízo sobre a presença dos requisitos, mas uma vez constatados é imprescindível que se aplique a regra, não havendo espaço para juízos de oportunidade. Por todos, cf. GIDI, Antônio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, v. 10, 1994, p. 35.

organização e manutenção do equilíbrio da sociedade contemporânea, é mais importante que se atribua ao fornecedor o risco da falta de provas num processo judicial dessa natureza, não apenas para incentivá-lo a agir corretamente e documentar seu negócio, mas também porque, através desse mecanismo, também se socializa o impacto que essas relações economicamente vantajosas para a empresa provocam. A atribuição do ônus se junta às diversas outras fórmulas juridicamente estabelecidas para proporcionar a distribuição do risco social, especificamente quanto ao erro de fato.

As razões garantistas são expressão patente das implicações que o direito material projetam no direito processual, apresentando, mais uma vez, o importante papel que este desempenha na afirmação daquele. Os mecanismos processuais de atribuição do ônus da prova, dessa maneira, sofrem influência direta de critérios materiais. O juízo de fato começa a perceber que, mesmo fora das regras específicas de presunção, podem ser manipulados por razões axiológicas.

Isso fica bastante claro ao se abordar a segunda questão proposta que versa sobre os requisitos a serem verificados para essa atribuição diferenciada proposta ao art. 6º, VIII do CDC. Segundo se verifica nesse dispositivo, tal atribuição dar-lhe-á quando da verificação de verossimilhança das alegações do consumidor ou sua hipossuficiência em face do fornecedor. É fundamental para a aplicação desse instituto que sejam definidos tais elementos para que se saiba quando podem ser aplicados. Não se trata de tarefa fácil porque doutrina e jurisprudência não são unâimes na compreensão da questão.

Segundo relato de José Geraldo Brito Filomeno, a previsão original do dispositivo legal considerada pelos autores do anteprojeto somente impunham a verossimilhança das alegações como requisito para essa chamada inversão. Essa seria a proposta enviada ao Ministério da Justiça e publicada no Diário Oficial da União do dia 04/01/1989, às páginas 241-256.²⁹³ O requisito teria sido incluindo a partir da sua tramitação no Congresso Nacional, sem maiores discussões técnicas. Ao que tudo indica, se tal relato é preciso, o destino da norma reflete as condições em que foi concebida, considerando que é justamente o termo hipossuficiência que causa as maiores discussões sobre o tema.

O conceito de verossimilhança é o ponto principal da proteção destinada ao consumidor. O art. 6º, VIII materializa, genericamente, a possibilidade de se facilitar a defesa da parte vulnerável dessa relação, reduzindo as expectativas em relação à prova que deve produzir quanto às próprias alegações. Trata-se de uma extensão da questão do risco do

²⁹³ Cf. Grinover et al., ob. cit., p. 156.

fornecedor por sua atividade, também desenvolvida em função dos obstáculos que poderiam causar à efetivação do direito material.

Propõe-se, por meio desse conceito, uma questão de suficiência da prova a qual o consumidor deve aportar a sua versão. Apresenta-se como verdadeiro critério de suficiência da prova que reduz as expectativas quanto a produção de prova do consumidor justamente porque, caso não seja possível identificar nos instrumentos processuais uma posição clara sobre as versões apresentadas e analisadas no processo judicial, quem deve arcar com isso é o fornecedor, sobre quem recai tais responsabilidades para que se viabilize uma sociedade de massa. Além das matérias dispensadas de discussão para caracterização da responsabilidade do fornecedor, como é o caso da culpa, mesmo aquelas que têm de ser provadas requerem nível de provas consideravelmente menor do que o normalmente exigido para se requerer a procedência de uma ação civil comum.²⁹⁴

A doutrina reconhece essa noção de verossimilhança como um critério de suficiência a respeito da prova, ainda que não isole essa categoria. Reconhece que esse requisito indica ser a questão da inversão do ônus da prova, pelo menos ao considerar esse requisito, uma questão restrita à avaliação da suficiência que são atribuídos aos argumentos apresentados nos autos em matéria de fato. Assim, não há que se falar em qualquer forma de inversão.

Isso é atestado por Kazuo Watanabe ao comentar o alcance desse dispositivo legal. Em relação à aplicação desse instituto referente a alegações verossimilhantes proferidas pelo consumidor, o processualista que afirma que é a avaliação do juiz em relação as provas ao examinar as condições de fato com base em máximas de experiência que determinarão se o requisito foi ou não alcançado quando da sentença. Assim, no ato da valoração da prova, feita pelo magistrado com base no curso normal dos acontecimentos, terá condições de verificar a verossimilhança das referidas alegações. O processualista parte de pressupostos realistas para descrever como se desenrolam as inferências empíricas: “o fato é ordinariamente a consequência ou o pressuposto de um ou outro fato, em caso de existência deste, admite também aquele como existente, a menos que a outra parte demonstre o contrário.” Dessa forma, procedendo-se na espécie um mero juízo de valoração a respeito das alegações do consumidor em cotejo com o critério de suficiência a se

²⁹⁴ Os critérios de suficiência serão identificados e introduzidos dentre a dogmática processual nacional a partir do item 2, abaixo. É preciso notar, desde logo, que fazem parte de todo raciocínio sobre prova mesmo no ordenamento brasileiro, no qual sua discussão não é sistematizada.

contentar com a mera verossimilhança para desincumbi-lo de seu encargo e repassá-lo à parte contrária.²⁹⁵

Também nesse sentido é a compreensão de Marinoni e Arenhardt sobre o requisito de verossimilhança, verificada em obra recente. Ao relacionar esse conceito com a natureza das relações de consumo, passam a considerar o risco assumido pelos fornecedores por suas atividades econômicas que juridicamente se traduzem em termos de regras de responsabilidade e também quanto a prova. Especificamente ao requisito analisado, afirmam que a verossimilhança nada mais requer senão a convicção derivada da “redução das exigências de prova”.

Ao exemplificar a situação, os autores destacam a hipótese de processo judicial no qual o consumidor tenha detectado problema no sistema de freios de seu automóvel que lhe acarretou acidente com danos materiais e pessoais. Caso não seja possível ao fabricante esclarecer a inexistência do defeito, não seria possível imputar ao consumidor os riscos dessa dificuldade considerando a relação jurídica subjacente ao processo. Bastaria ao consumidor fazer o juiz reconhecer, com base no critério de verossimilhança, que tal defeito tenha provocado o dano. Diante disso, destacam os autores que: “A dificuldade no pleno esclarecimento da relação de causalidade diante do risco probatório assumido pelo fabricante – que produziu o sistema de freios com defeito –, obviamente deve ser imputado a ele. É por isso que basta a verossimilhança ou que o juiz inverta o ônus da prova, com base na verossimilhança na própria sentença.”²⁹⁶

Admitindo-se que a verossimilhança seria o critério de suficiência a ser seguido nessa hipótese precisa, restaria, ainda, discutir qual orientação essa fórmula poderia conferir ao juízo de fato em respeito a sua suficiência. Neste ponto, a discussão da tradição continental não avança muito, seja porque desconhece os critérios de suficiência como uma categoria imprescindível do raciocínio de fato, seja porque tampouco se aproxima dos estudos epistemológicos a respeito da valoração da prova para identificar como medir a comprovação alcançada. A proposição de um conceito de verossimilhança é essencial para a operação desse instituto.

Conforme destacado por Calamandrei, esse conceito encontra várias dimensões no processo civil moderno, pelo menos tal como utilizado pelo Código italiano e

²⁹⁵ Cf. Grinover et al., ob. cit., p. 812-813.

²⁹⁶ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio C. Prova. São Paulo: RT, 2009, p. 195.

consequentemente também pelo brasileiro.²⁹⁷ Isso leva a grandes confusões em seu emprego, pois fica muito difícil saber nesse caso, principalmente ante a falta de discussões, caso se esteja falando da verossimilhança como substituta da verdade na concepção de objetivo da investigação processual, conceito utilizado na regra de admissibilidade das provas, dentre tantos outros. Na espécie, é preciso esclarecer em que sentido o termo é utilizado, o que seria prática bastante comum, caso fosse comparada, com outras alternativas que, de fato, existem no processo embora não sejam estudadas enquanto tal.

É bastante comum que os autores referentes a prova, como Taruffo se reportarem em bases algo insuficientes sobre esse conceito. Confira-se a seguinte afirmação: “A verossimilhança refere-se na verdade à alegação sobre o fato, e verte-se sobre sua conformidade com o normal, enquanto que a probabilidade refere-se à prova do fato, e deriva da existência de elementos cognoscíveis, idôneos a considerar que a hipótese seja considerada correta.”²⁹⁸ Essa ligação primordial que compartilha com aquilo que geralmente acontece, conquanto verdadeira, precisa de mais elementos para ser definida. Como se demonstrou acima, todos os elementos se reportam às regras de experiência para operar, considerando que as garantias (W) são parte fundamental do juízo de fato.

O que distinguirá a verossimilhança parece ser definitivamente sua comparação com outros critérios de suficiência, para se perceber os termos de comprovação que se requer para autorizar esse tipo de instituto a operar, de maneira plena, nessa e em muitas outras relações jurídicas.

O requisito da hipossuficiência escapa à lógica acima desenvolvida na medida em que não estabelece qualquer critério de suficiência para possibilitar uma atribuição excepcional de ônus da prova. Esse vocábulo, certamente, indica o desnível entre as partes apto a proporcionar razões suficientes para alterar os riscos da comprovação dos fatos dentro da lógica de proteção das relações de consumo. Duas linhas diferentes de abordagem desse conceito vêm sendo sustentadas para subsidiar a aplicação dessa versão do ônus da prova.

Uma primeira abordagem se refere ao uso que esse conceito alcança em outras áreas do pensamento jurídico, como, por exemplo, nas fileiras do direito trabalhista. Nessas, o termo hipossuficiência se refere a um aspecto econômico, que é incorporado pelo próprio direito processual em algumas oportunidades como aquela referente à lei da assistência

²⁹⁷ CALAMANDREI, Piero. *Verità e verosimiglianza nel proceso civile* in Opere Giuridiche. Napoli: CEDAM, vol. V, 1972, p. 615-640.

²⁹⁸ “La verosimiglianza riguarda invero l’allegazione del fatto, e verte sulla sua conformità al ‘normale’, mentre la possibilita attiene alla prova del fatto, e deriva dall’esistenza di elementi conoscitivi idonei a far sì che la relativa ipotesi sia considerata attendibile.” TARUFFO, Michele. Presunzioni, inversioni, prova del fatto. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè, anno XLVI, n. 3, sett. 1992, p. 744.

judiciária (art. 2º da Lei n. 1.060/1950). Numa interpretação sistêmica do dispositivo, poder-se-ia chegar a essa conclusão, mesmo que encontre muitas dificuldades de aplicação em relação a seu uso nesse instituto.²⁹⁹

Essa abordagem não atenta para uma questão importante: é possível atribuir ônus da prova apenas porque uma parte é hipossuficiente economicamente em relação a outra em determinado processo. A condição econômica não pode funcionar isoladamente como instrumento que determina a atribuição dos riscos da falta de prova, para não criar a esdrúxula situação de que, apenas por não deter recursos, alguém pode alegar o que quiser e imputar a outrem o encargo de provar o erro. Confunde-se, claramente, nessa interpretação, o instituto do ônus da prova com a questão dos encargos financeiros do processo: a hipossuficiência econômica pode até levar a alternativas relacionadas à antecipação dos valores para produção de uma prova, mas jamais à modificação do ônus.³⁰⁰

²⁹⁹ Filomeno chega a afirmar que “se o rico proprietário do automóvel de luxo tiver condições econômicas de arcar com exames periciais, até porque possíveis de serem produzidos, faltar-lhe-á não o requisito de vulnerabilidade técnica/verossimilhança, mas sim o da hipossuficiência econômica.” Grinover et. al., ob. cit., p. 157.

³⁰⁰ Nesse sentido, o voto vencido de Teori Zavascki no julgamento do Recurso Especial n. 538807/RS, no qual se discutiu a aplicação do dispositivo de inversão do ônus da prova para atribuir ao demandado o papel de subsidiar a produção de uma prova requerida pelo Ministério Público em ação civil pública de cunho ambiental. Em determinado momento, argumenta: “Como se vê do acórdão recorrido, a prova pericial foi requerida pelo autor, que a entendeu urgente e necessária para o ajuizamento de ação civil pública posterior. O certo é que os réus (ora recorrentes) não requereram nem entenderam necessária a realização de perícia. *Ora, não se pode confundir ônus da prova com obrigação pelo pagamento ou adiantamento das despesas do processo. A questão do ônus da prova diz respeito ao julgamento da causa quando os fatos não restarem provados. Todavia, independentemente de quem tenha o ônus de provar este ou aquele fato, a lei processual determina, que ‘salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento desde o início até a sentença final; e bem ainda na execução, até a plena satisfação do direito declarado na sentença’* (CPC, art. 19). Determina, outrossim, que ‘compete ao autor adiantar as despesas relativas a atos cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público’ (CPC, art. 19, §2º). Bem se vê, portanto, que o regime estabelecido no Código é de que o réu somente está obrigado a adiantar as despesas concernentes a atos que ele próprio requerer. Quanto aos demais, mesmo que tenha ou venha a ter o ônus probatório respectivo, o encargo será do autor. O artigo 18 da Lei 7.347/85, sob certo aspecto, é de conteúdo semelhante ao do art. 27 do CPC, que assim dispõe: ‘Art. 27. As despesas dos atos processuais, efetuados a requerimento do Ministério Público ou da Fazenda Pública, serão pagas a final pelo vencido’”. (REsp 538807/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/10/2006, DJ 07/11/2006, p. 231).

A posição do Min. Zavascki é passível de fortes críticas tais como formuladas por Eduardo Cambi, que sustenta a tese de que com a inversão do ônus da prova inverte-se também o ônus do pagamento antecipado das despesas processuais. Para justificar seu posicionamento, o processualista afirma: [a] que o entendimento que compreende a questão da inversão do ônus da prova conjuntamente com os art. 19 e 33 do CPC cria mais dificuldade à defesa dos seus direitos em juízo ao não promover a isonomia entre as partes postulada pelo art. 6º, VIII do CDC; [b] que transforma o instrumento de inversão do ônus da prova não observaria os preceitos do Estado Social que seriam consagrados pela lei consumerista, compreendendo o dispositivo como instrumento de uma igualdade apenas formal; [c] que a perpetuação da desigualdade econômica causaria a desistência de provas periciais necessárias para o deslinde da causa, conduzindo a total ineficácia do instituto da inversão do ônus da prova; [d] que a imposição do custo ao fornecedor não causaria iniquidades, pois o consumidor, caso condenado, teria de arcar com os ônus da sucumbência normalmente; [e] que a noção de ônus da prova não pode ser considerada mera regra de julgamento sem relação com o ônus da antecipação das despesas processuais, mas precisa orientar os litigantes sobre o que provar e como provar para promover devido processo legal, ampla defesa e boa-fé; [e] por fim, a inversão seria apenas um dos modos exemplificativos de

Ao verificar os inconvenientes que esse entendimento poderia causar, Watanabe modificou o entendimento que expôs anteriormente alinhado com o conceito econômico, para assumir nova postura. Exemplifica, na mesma linha acima apresentada, a situação de um consumidor de um automóvel que identifica um problema no motor de seu carro e apenas porque pode arcar com a produção da prova pericial poderia não alcançar a dimensão da proteção referente ao ônus da prova. Ocorre que, também na condição de consumidor, encontra-se fragilizado por desconhecer informações técnicas sobre o produto e assim devem ser protegidos dos perigos da impossibilidade de demonstração.

Diz-se que, ainda que as alegações do consumidor não sejam verossímeis, deve ser possível atribuir ao fornecedor os perigos da prova quando ocorrer a hipótese de desequilíbrio referente às possibilidades de informação a ser prestada pelo fornecedor forem muito superiores àquelas que o consumidor possa aportar à instrução. Nesse ponto,

facilitação da defesa do consumidor, sendo o juiz livre para adotar outras providência que não expressas. CAMBI, Eduardo. Divergência jurisprudencial: inversão do ônus da prova e o ônus de antecipar o pagamento dos honorários periciais. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, n. 45, p. 130-139.

Segundo os pressupostos assumidos nesse trabalho, não se pode confundir inversão do ônus da prova e inversão do encargo financeiro da prova, embora a justificativa para sustentar esse argumento não seja exatamente a mesma apresentada pelo Min. Zavaski no trecho acima. A grande questão a ser percebida em relação a esse argumento são referentes a amplitude das regras que atribuem de maneira excepcional o ônus da prova. Ao analisar a matéria, Cambi se deteve apenas na perspectiva do direito do consumidor para chegar a uma conclusão perigosa: a de que toda inversão do ônus da prova acarreta também a inversão dos encargos financeiros. Esse argumento detém diversos equívocos que devem ser afastados. Mas centrando a explicação no que é essencial, é preciso argumentar que essa tese pode causar distorções incontornáveis no processo judicial ao criar uma credibilidade instantânea àquele que se beneficia da inversão carente de justificação racional. No caso específico do consumidor ambos os casos de inversão, conforme afirmado anteriormente ou com base na verossimilhança (justificando a credibilidade do consumidor nas provas apresentadas ainda que não definitivas) ou com base na hipossuficiência (justificada com base na impossibilidade do consumidor alcançar condições de vislumbrar provas necessárias por seu desconhecimento técnico), são baseados em razões suficientes para amparar a alteração da regra geral. É possível que essas regras não sejam suficientes para amparar as necessidades do consumidor no processo judicial, sendo necessário disposições protetivas também relacionadas com os encargos financeiros do processo. Mas essas justificativas nada têm a ver com aquelas sustentadas para alocação do ônus da prova. O sistema financeiro do processo é destinado a desmotivar aventuras jurídicas, ao impor que os interessados adiantem os valores necessários para custear o processo, impõe que os interessados apostem em suas razões para fazer valer seus direitos. Esse é um controle totalmente diferente daquele exercido pelo ônus da prova, por mais que ocasionalmente as possibilidades de suas inversões estejam alinhadas. Ao se vincular as duas noções, pode acarretar na perda da oportunidade de utilizar legitimamente os dois controles.

Imagine-se caso de ação popular movida contra empresas que exploram o meio ambiente da cidade de maneira controlada e sob a supervisão da Administração, satisfazendo todos os requisitos para isso. Nessa ação acusa-se a empresa de poluir indevidamente o meio ambiente de tal ou qual maneira, que somente pode ser produzida a partir de uma perícia interdisciplinar com custo elevadíssimo. Pode-se argumentar com êxito de que este seria caso de inversão do ônus da prova com base na necessidade de proteger o meio ambiente, mesma justificativa utilizada em prol do consumidor. Mas seria possível argumentar que é necessariamente caso de inversão dos encargos financeiros da prova? A resposta negativa se impõe. As ações populares poderiam ser utilizadas para pressionar a empresa, sendo poderosa ferramenta para isso, a qual poderia mesmo ser utilizada pela concorrência para aumentar seus custos.

Com isso se percebe que tanto a inversão do ônus da prova, quanto a dos encargos financeiros podem ser mecanismos de promoção da igualdade e dos escopos públicos do processo, mas devem ser trabalhados a partir de justificativas próprias para não perderem em legitimidade em suas aplicações.

Watanabe afirma que essa é a verdadeira inversão do ônus da prova, pois aqui, não se estaria tratando de critérios de suficiência da comprovação a serem diminuídos em favor do consumidor, mas se eximiria o consumidor da prova considerando a grande vantagem de meios de prova existente em favor do fornecedor.³⁰¹

Esse entendimento não somente é mais apropriado para a distribuição do risco programada em todas as relações de consumo, como também introduz uma figura absolutamente necessária ao estudo contemporâneo do tema, que é a doutrina carga dinâmica da prova.

A hipótese da hipossuficiência, conforme se demonstrou, ao não se referir a um conceito econômico do desequilíbrio nas relações de consumo, possibilitou um ajuste que não é somente referente à questão da vulnerabilidade técnica característica das relações de consumo, mas referente a todas as situações em que uma parte tenha melhores condições de provar algo em relação a outra. Não há razão para conter essa situação às relações de consumo. Talvez nessas seja mais fácil de identificar a situação, considerando tudo o que envolve essa relação nas sociedades de massa, mas daí não é lícito concluir que, somente nessas relações, ocorram esse tipo de problema. O problema da *probatio diabolica* é tão antigo quanto a expressão latina que o materializa e precisa ter uma solução identificada nos ordenamentos para lidar com ela.

Negar, em qualquer situação, sem justificativas plausíveis, o exercício da prova é o mesmo que negar acesso à jurisdição, já que essa idéia é composta de diversos princípios tais como devido processo legal, contraditório pleno, direito à prova lícita. Não somente a negativa na produção da prova pode implicar nesse vício, como também a aplicação errada de outras regras probatórias como a do ônus (CPC, art. 333). Conforme a regra geral, as dificuldades das partes na produção probatória não têm qualquer importância para o juízo de fato, não havendo qualquer preocupação com a legitimidade da decisão, apenas a preocupação com a superação do óbice a sua prolação.

Para não contrapor a regra do ônus da prova aos princípios gerais do acesso à justiça a qual está submetida, não se pode interpretá-la de modo a sustentar prejuízo às idéias que o compõem. Expressão disso é a regra do parágrafo único, o qual impede que pactos entre os litigantes imponham dificuldade para o exercício do direito em questão. Isso não pode ocorrer nem através de pacto e nem tampouco na ausência dele. Em face dos

³⁰¹ Grinover et. al., ob. cit., p. 813-814. Cf. ainda: Marinoni e Arenhardt, ob. cit., p. 195-196. Colacionando jurisprudência no mesmo sentido: Leonardo, ob. cit. 280-282

problemas que a atribuição fixa do ônus da prova pode gerar para uma das partes enquanto outra teria condições de alcançá-lo.

Da mesma forma que se confere ao juiz poderes instrutórios para satisfazer os escopos do processo, não se pode fechar os olhos para flagrantes problemas advindos da estipulação fixa do ônus da prova. Essa seria uma forma de promover a igualdade entre os litigantes e a perspectiva de que o processo judicial é instrumento de promoção da legitimidade das decisões e de valores públicos. Essa regra seria complementar à atribuição do ônus da prova e pautada em fatores que não são percebidos pelas justificativas que os definem acima apresentadas, sendo imprescindível mais essa característica para sua regulamentação.³⁰²

A carga dinâmica seria compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, pois seu sistema probatório tende a reconhecer a igualdade entre os litigantes. Isso fica claro ao atribuir ao juiz iniciativas probatórias, sendo lógico que se estenda o raciocínio a questão do ônus. Tal instituto jurídico deve ser limitado para evitar a imposição arbitrária da apresentação dos fatos.

Para isso é que aquele que for escolhido como onerado deve ter posição privilegiada em relação ao material probatório em relação ao outro litigante (ex. caso do médico que tem prontuários, exames, relatório de cirurgia), devendo sofrer rigoroso controle processual não podendo ser atribuído para compensar inércia de uma das partes, mas exclusivamente para evitar a *probatio diabolica*. Assim, não basta posição privilegiada para se aplicar a carga dinâmica, mas a impossibilidade de produção por quem invoca essa teoria.³⁰³

Knijnik afirma que se deve considerar na atribuição do ônus a inviabilidade da prova por [i] fato culposos de uma parte (quando deve ser incumbida do ônus da prova, vg. CPC, art. 359); [ii] violação dos deveres de cooperação por uma das partes (caso se dificulte

³⁰² WHITE, Inês Lépori. Cargas probatorias dinâmicas. PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inês Lépori. (Coord.). *Cargas probatorias dinâmicas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p.60-71.

³⁰³ O reconhecimento da possibilidade dinâmica da carga da prova (prova deve ser feita por quem tem melhor condições de fazê-lo) não afasta a imposição de um ônus estático (prova deve ser produzida conforme a natureza do fato), mas completa-o. Segundo Knijnik, somente se busca a carga dinâmica quando houver situação de *probatio diabolica*, pois não pode a lei processual estabelecer regulação que ponha em perigo a igualdade material garantida pelo direito. Há quem não entenda dessa maneira, entretanto. Julgam ser a carga dinâmica uma teoria da facilidade probatória, devendo se adaptar a cada caso segundo a natureza dos fatos importantes para o julgamento, disponibilidade ou facilidade da parte para produzir a prova (cita como representante desses entendimentos certos julgados do TJRS, atribuindo ônus de provar para o réu em casos de contrato com instituição financeira, cirurgia médica, etc). KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica*. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição – Estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo, RT, 2006, p. 942-951.

a produção da prova, sofre sanções da litigância de má-fé; caso se impossibilite, deve ser responsabilizado pelo ônus de provar, v.g., CCB, art. 232 sobre ausência de perícia médica ordenada pode substituir o exame). Objetivo do instituto seria uma redistribuição justificada do ônus da prova, de acordo com a posição dos litigantes em relação a relação de direito material e principalmente a necessidade de se tomar uma decisão legítima ante situações tão iníquas.³⁰⁴

Assim o dispositivo do CDC cumpriria papel importantíssimo para o direito brasileiro, acrescentando às regras tradicionais de atribuição do ônus da prova possibilidades importantes de atenuação de sua rigidez de modo a introduzir outras formas de sua atribuição. Deve-se reconhecer que nesse caso em especial não se está tratando apenas de um influxo do direito material do consumidor, não apenas uma razão garantista para a nova carga atribuída a prova. Nesse caso, o motivo da modificação da regra geral é essencialmente procedimental, mantido na órbita do equilíbrio das condições de provar que não são necessariamente peculiares a relação de consumo, podendo ser identificada em qualquer relação jurídica.

A essa altura, já deve estar evidente que os requisitos são encarados de modo separado, não havendo motivos para serem identificados em conjunto. O posicionamento que prega esse tipo de pensamento é apresentado por Dinamarco, mas apenas porque entende o requisito da hipossuficiência de uma perspectiva econômica e compreende que não pode ser motivo isolado para diferenciação do ônus da prova. Daí porque tentou unir os posicionamentos, para evitar os inconvenientes da equivocada leitura feita sobre o termo “hipossuficiência” no referido dispositivo.³⁰⁵

Finalmente quanto ao momento de inversão do ônus da prova há novo dissenso da doutrina, polarizada em duas posições antagônicas: a inversão deve se dar antes da instrução probatória ou apenas ser justificada na sentença? Os processualistas normalmente dividem sua resposta conforme a natureza que atribuem ao ônus da prova. Caso entendam que o ônus da prova é uma mera regra de julgamento, afirmam que basta que seja justificada na sentença sua aplicação; caso partam do pressuposto de que o ônus da prova também tem função de organizar a instrução do procedimento e define os contornos da atividade probatória das partes, afirmam que a regra deve ser definida antes da instrução. Pretende-se

³⁰⁴ Ibidem, p. 949 e seguintes.

³⁰⁵ Dinamarco, ob. cit., p. 80, nota 7 aceita o mesmo conceito considerando que verossimilhança e hipossuficiência seriam requisitos complementares um ao outro na inversão do ônus da prova.

apresentar qual dos posicionamentos se compatibiliza melhor com as premissas acima estabelecidas.

Desde o primeiro momento desse trabalho se afirmou que a discussão processual, fosse quanto às premissas normativas ou às premissas empíricas, era entendida exclusivamente como modalidade de discussão prática, voltada para orientar a decisão jurisdicional. Esse pressuposto indica que é bastante característico do processo judicial o choque de versões para os fatos, as quais competem diretamente para alcançar a primazia em relação à decisão judicial. É preciso, mais uma vez, ressaltar que o fato da investigação processual assumir como parâmetros de avaliação normas que consagram a aquisição processual da prova e a ampliação dos poderes instrutórios do juiz em nada infirmam essa característica essencial dessa discussão, afirmada em tese e confirmada pela própria história desse dispositivo.

A noção de aquisição processual da prova apenas quer dizer que não é relevante quem produz a prova, podendo ela ser interpretada por quaisquer das partes; quanto aos poderes instrutórios, apenas proporcionam, ao juiz, a possibilidade de viabilizar provas que considere pertinentes desde que não violem seu dever de imparcialidade. Em hipótese alguma, essas normas infirmam a caracterização dessa discussão como prática, pois, no máximo, impedem o desvirtuamento da investigação ao tentar cobrir zonas de penumbra que poderiam existir, decorrentes do aprimoramento da prática processual. Entretanto, não deixam de ser mecanismos derivados da carga de argumentação, tanto assim que são previstas a partir de encargos atribuídos a autores e réus, tal como os do art. 333 do CPC, o qual informa às partes sobre as condições de comprovação de suas versões.

O argumento de que o processo deve buscar a verdade tampouco infirma essa tese. A discussão prática não é avessa a esse objetivo, mas imprime naturalmente sua própria busca pautada na apresentação que contendores fazem sobre determinada situação de fato. Quem sustenta o contrário, parte de uma visão epistemológica muito própria que normalmente não é adequadamente desenvolvida. É através das versões das partes que se instaura-se, orienta-se, delimita-se a própria investigação empírica que se conduz no processo moderno. As concessões feitas aos julgadores nada mais são do que um desdobramento desse debate, ampliando-o a novas versões que também serão submetidas a testes argumentativos. O processo se estrutura para legitimar suas decisões, e parte

importante disso é que mesmo as versões desinteressadas passem pelo mesmo escrutínio racional.³⁰⁶

Aliás, uma noção forte sobre a busca da verdade é bastante preocupante do ponto de vista epistemológico, considerando que a construção do conhecimento não se dá por descobertas, mas cada vez mais marcada pela discussão acerca dos objetos. Essa talvez seja a principal conclusão a se retirar das análises epistemológicas que tem a linguagem como matriz, enquanto informadoras da posição processual. Não será apenas por liberar um investigador em posição privilegiada para analisar os fatos da causa que se terá um processo mais legítimo: a possibilidade dele participar do debate não impede de caracterizar a investigação como um debate.³⁰⁷

É justamente esse entendimento que reconhece a investigação como um discurso racional a ser construído através do processo que impõe controle axiológico de sua avaliação. O afastamento de uma racionalidade última, baseada na autoridade do investigador, é substituído por uma fórmula bem menos pretensiosa quanto as decisões que se toma. Reconhece-se, com base no estudo de perspectivas epistemológicas e nas características do processo, que o método para uma verificação da questão de fato é essencialmente dependente do confronto de versões e imposição de ônus ainda quando essa mecânica seja mitigada pela introdução de instrumentos a regulamentar suas eventuais deficiências.³⁰⁸

Diante desse pressuposto, que é confirmado pela interpretação sistêmica da legislação brasileira, pela evolução dos mecanismos de prova que se batem para equilibrar

³⁰⁶ A identificação do processo com a racionalidade prática é característica de um processo cooperativo que não conta com uma primazia do juiz em relação às partes, seja para conhecer fatos ou direitos, seja para apresentar argumentos relacionados a essa matéria. Isso vem se desenhando como uma tendência da filosofia do direito diretamente relacionada com a mecânica do processo judicial. Se o juiz perde a primazia que vem sendo construída a séculos pelo modelo de conhecimento moderno, é preciso reestruturar também as instituições processuais para refleti-las. Cf. OST, François. Júpiter, Hércules e Hermes: tres modelos de juez. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 14, 1993, p. 169-194.

De uma outra perspectiva, Giuliani também tenta reabilitar esse modelo de investigação que não se firma na primazia do juiz como investigador ao buscar em bases aristotélicas verificar a viabilidade de uma reconstrução da retórica para as discussões processuais acerca da prova. É isso que denomina de modelo isonômico, em que juiz e partes concorrem da mesma maneira para alcançar os objetivos da investigação. Tal construção é claramente voltada não apenas a defender um modelo processual de investigação, mas a reabilitar uma forma de racionalidade que havia se perdido na modernidade que é especialmente adequada para as discussões processuais a respeito da prova. GIULIANI, Alessandro. Prova (filosofia del diritto). *Enciclopedia del diritto*. Varese: Giuffrè, vol. XXXVII, 1988, p. 518-579.

³⁰⁷ Entende-se equivocado pensar essa questão apenas em termos de caracterização dos sistemas processuais entre adversariais ou inquisitoriais de acordo com as características dos poderes que se atribui ao juiz. Esses tipos ideais não passam de fórmulas de classificação que não se afiguram úteis para essa reflexão. A questão não é medir a participação do juiz e das partes, mas conceber um modelo que defina suas características a partir da natureza prática de suas discussões.

³⁰⁸ Cf. Parte I, item 3.1.

soluções de investigações inquisitoriais e adversariais, e diante de uma abordagem teórica que harmonizam essas características, não se pode desprezar a necessidade de identificar os ônus processuais e orientar as partes ao seu cumprimento. Com o ônus da prova não é diferente, conforme extensamente explicado. Daí porque não é lícito se afirmar que se trata de regra de julgamento apenas, sendo sua formulação extremamente importante também como orientação às partes sobre o que devem fazer em termos de instrução processual.³⁰⁹

Isso se justifica ao se considerar a extensão que se dá ao princípio do contraditório no processo judicial, que confere a possibilidade de incidir ativamente sobre o desenvolvimento e o resultado do processo. A amplitude dessa indisputável noção de contraditório tem reflexos também na consideração do ônus da prova, ao estabelecê-lo como elemento fundamental da participação no processo. Não se pode conferir ao juiz o poder de decidir sem a oitiva das partes sobre aspecto importante de sua participação no processo.³¹⁰

Diante da dimensão que se confere ao contraditório em relação à participação das partes na instrução e, principalmente, da concepção do processo como espaço de decisões práticas a respeito dos fatos, é de se reconhecer como imprescindível a designação do ônus da prova anteriormente a instrução, com objetivo principal de possibilitar às partes que participem de forma efetiva do processo judicial. Esse posicionamento não é isolado, tendo a companhia autorizada de diversos autores e de boa parcela da jurisprudência.³¹¹

³⁰⁹ Esse é mais um efeito do tipo de legitimação proposto abordagem instrumentalista ao processo. Ao centrar no papel do juiz o mecanismo de controle da interpretação do direito, a instrumentalidade o erige a um patamar não mais aceitável para o direito contemporâneo. Sob o aspecto da legitimação a partir de um papel excessivo do juiz em relação ao procedimento, não é possível aceitar a construção instrumentalista, o que não apaga suas inúmeras outras virtudes. Cf. LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos; Editora Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008.

³¹⁰ Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. *Do formalismo no processo civil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 237.

³¹¹ BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 22, abril/junho, 1997; CARPES, Arthur Thompsen. Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório. In: KNIJNIK, Danilo (org). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; Leonardo, ob. cit., 286-292; Gidi, ob. cit., passim.

TELEFONIA. DESCONSTITUIÇÃO DO DÉBITO. CERCEAMENTO DE DEFESA. Relação de consumo. Decretação da inversão do ônus da prova apenas por ocasião da prolação da sentença. Desrespeito ao contraditório e à ampla defesa. Parte que deve ser cientificada, até o momento da instrução processual, do ônus que lhe recai, munindo-se das provas que entender cabíveis. Sentença desconstituída. Recurso provido. (Rec. Cível nº71001464932, 1 T. Recursal Cível do Tribunal de Justiça do RS, Rel. João Pedro Cavalli Junior, Julgado em 6/12/2007);

APELAÇÃO CÍVEL - ÔNUS DA PROVA - INVERSÃO - POSTERIOR ALTERAÇÃO NA SENTENÇA - IMPOSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS - CERCEAMENTO DE DEFESA. a) Tendo em vista a regra geral estabelecida no inciso I, do artigo 333, do CPC, a transferência do ônus da prova por ocasião da sentença causa inadmissível surpresa à parte em cujo ombro o ônus irá recair, já que impossibilitada restará a produção de provas, o que configura inescusável cerceamento de direito. b) Se o juiz profere decisão decretando a inversão do ônus da prova, eventual retratação, ainda que em agravo retido, deve se dar antes da sentença - e não nesta -, sob pena de cerceamento de direito de defesa. c) Se a especificação de provas se deu após o despacho que inverteu o ônus da prova, proferida decisão revogando aquela, há de se possibilitar às

É preciso perceber, entretanto, como essa inversão funciona em relação às hipóteses previstas na única regra que permite esse amplo estudo do ônus da prova, prevista ao art. 6º, VIII do CDC. Seria ela aplicável a ambas as hipóteses? A pergunta não é impertinente já que há doutrinadores que fazem alguma distinção entre as hipóteses e o momento de inversão.³¹²

Acredita-se que a atribuição de ônus da prova, tanto na hipótese de verossimilhança como de hipossuficiência, deve ser identificadas, em geral, antes da instrução, mas de acordo com as características de cada uma dessas situações.

A questão da verossimilhança trata de firmar um critério de suficiência para a prova a ser produzida. Certamente isso pode ser feito de antemão, não havendo que se falar propriamente em inversão, acarretando uma utilização do elemento apenas na sentença. Critérios de suficiência diferentes da regra geral são, normalmente, previstos em lei e não precisam ser apresentados nos julgamentos de maneira específica. No caso das relações de consumo, se o indigitado artigo estabelece que o consumidor somente terá de alcançar a verossimilhança de suas alegações para se desincumbir do ônus de provar, isso não precisará ser afirmado no momento do saneamento do processo e poderia ser apenas aplicado quando da decisão. Também assim, no caso penal em que a questão do ônus da prova é seriamente impactada pela presunção de inocência, lida como necessidade de prova além da dúvida razoável ou *in dubio pro reo*.

Isso não significa que, apenas por isso, tal tipo de inversão jamais deve ser manifestada no saneamento. Há casos em que o critério de suficiência será decidido por suas peculiaridades, não sendo firmado por meio da lei: nesse caso, seria preciso determiná-lo antecipadamente. Principalmente no direito brasileiro em que os critérios de suficiência não são tradicionalmente percebidos, torna-se essencial essa prática antecipada.

No caso de hipossuficiência, que foi acima caracterizada como introdução da carga dinâmica de prova, é ainda mais importante que se faça antecipadamente essa

partes nova especificação. (Apelação Cível nº 1.0024.03.161613-9/001, 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de MG, Rel. Pedro Bernardes, Julgado em 26/02/2008)

Súmula nº 91/TJRJ: “A inversão do ônus da prova, prevista na legislação consumerista, não pode ser determinada na sentença.”

³¹² Nesse sentido, Marinoni e Arenhardt: “[...] é possível inverter o ônus da prova na sentença com base na verossimilhança. [...] a inversão do ônus da prova é uma regra de juízo, ou melhor, é uma regra de decisão, capaz de permitir ao juiz se convencer e decidir de acordo com a relação de direito material [...] Mas quando a prova é impossível, ou muito difícil, ao consumidor, e possível, ou mais fácil ao fabricante ou fornecedor, a inversão do ônus da prova se destina a dar ao réu a oportunidade de produzir a prova que, de acordo com a regra do art. 333, incumbiria ao autor. *Agora não se trata de inverter o ônus da prova para legitimar – na sentença – a incompletude ou a impossibilidade da prova, mas transferir do autor ao réu o ônus de produzi-la – o que deve ser feito na audiência preliminar.*” Marinoni e Arenhardt, ob. cit., p.195-196.

definição do ônus da prova, justamente porque sempre dependerá do caso concreto e da percepção da hipossuficiência de uma parte em relação a outra. Caso não seja feito com antecipação, o processo não orientará claramente os litigantes, que seriam surpreendidos, sem poder se engajar na discussão da maneira apropriada. Até por ser uma questão relacional, ou seja, que se define por meio da comparação de duas situações distintas, a inversão será sempre, nesse caso, decidida antes do saneamento.

Com isso se tentou caracterizar os aspectos gerais do ônus da prova sob a perspectiva construída, principalmente, desenvolvendo os temas mais importantes para esse trabalho. Talvez, em comparação com o enfoque tradicional, a grande diferença para o que se acabou de propor seja o afastamento da primazia do juiz como vértice da percepção dessas construções. Propõe-se que deve ser desenvolvido a partir da estrutura dos argumentos utilizados para conformar os juízos de fato, ante as vantagens de compreensão e legitimidade que é capaz de oferecer.

§14. Segue: Estrutura argumentativa da atribuição excepcional do ônus da prova. A apresentação das regras legais responsáveis pela atribuição excepcional do ônus da prova e sua vinculação às justificativas aptas a desencadear tal mitigação da regra geral é de suma importância para verificar os termos em que tal instituto promove a distribuição dos riscos através do juízo de fato. A análise, entretanto, deve ser expandida em outras dimensões além dos dispositivos legais com o objetivo de se verificar todo o seu potencial de regulamentação dos riscos no processo judicial. Para isso, propõe-se o estudo da estrutura desses argumentos de fato para observar de perto seu funcionamento e possibilitar, sempre que for justo, esse tipo de regra, independentemente da previsão legal explícita. Ao se compreender as ocasiões em que são devidos e os elementos envolvidos em tais construções, seria possível identificar, independentemente de qualquer previsão legal, as diversas hipóteses que são necessárias tais atribuições excepcionais.

Essa abordagem já foi utilizada na análise das presunções, ocasião em que se descobriu que a partir do elemento “*garantia*” (W), seria possível cristalizar a inferência que leva da premissa a conclusão sobre fatos e provocar, com isso, uma regulação da carga da prova, possibilitando uma melhor compreensão sobre seu funcionamento e utilização judicial. Também as formulações chamadas de instrumentos de inversão do ônus da prova têm a possibilidade de serem lidos dessa maneira, proporcionando uma melhor perspectiva dos esquemas propostos, embora os mecanismos ora enfocados não sejam restritos ao esquema inferencial proposto. Cada um dos modelos legislativos, identificados como

responsáveis por essas formas de excepcionar a regra geral, funcionam por meio de estratégias diferentes para atingir o mesmo propósito.

Antes de passar ao estudo das estruturas, é preciso identificar, no ônus da prova instituído convencionalmente, um caso a parte. Diante da previsão genérica e limitação restrita a eventuais desvios de conteúdo, tal atribuição convencional pode perfeitamente ser veículo para empregar qualquer técnica similar utilizada nas legislações. Dependendo apenas da justificativa para estruturar as regras de regulamentação do ônus é que deverá observar a preferência por uma determinada forma de atuação. Uma vez que é reconhecida como aberta a todas as possibilidades, a construção dessa regra deve observar estritamente as reflexões sobre as regras legais de modo a imitar seu sucesso e legitimar as decisões que estejam ao alcance das normas contratuais.

Com isso, a análise estrutural dessa categoria de regras se limita aos três diferentes tipos acima apresentados, previstos no CDC: inversão do ônus da prova *ope legis* ou *ope judicis*, este subdividido em casos de verossimilhança ou hipossuficiência. Cada uma dessas quatro figuras são projetadas para viabilizar uma distribuição legítima da carga de prova em relação a cada um dos fundamentos capazes de justificá-la. É bastante útil analisar cada uma das estruturas para identificar seu potencial e eventualmente avaliar se cumpre seus objetivos. Na medida que os mecanismos legais previstos na legislação brasileira forem sendo dissecados e uma vez percebido seu potencial de utilização para além dessas previsões específicas, são atribuídas novas denominações a esses mecanismos mais condizentes com suas possibilidades.

Quando o mecanismo da inversão *ope legis* foi analisado, foram referidas suas características principais: imposição legal antecipada e independente da avaliação dos fatos em cada caso, vinculação a uma situação jurídica específica para garantir a proteção de um bem jurídico, e operação a partir da escolha de detalhes específicos referentes a uma relação jurídica para alterar apenas naquele ponto específico a regra geral da carga da prova.

Como se disse em relação ao caso dos anúncios publicitários previsto no art. 38 do CDC, o conteúdo da inversão se restringe a questões voltadas a questionar a veracidade e não-enganosidade do produto ou serviço veiculado. Assim, questões não relacionadas a esse questionamento específico não estarão sujeitos a alterações da regra geral na atribuição do ônus da prova. A utilização desse instrumento é específica em relação aos diversos assuntos que podem ser sustentados num processo a respeito da publicidade, mas um pouco mais abrangente do que a alternativa proposta pelas presunções, por exemplo.

A estrutura desse mecanismo não incide sobre a inferência usada pelo raciocínio de fato, mas mediante uma regra que lhe é externa. A regra consiste em antecipar os temas controvertidos em determinado segmento das relações jurídicas materiais, selecionar um dos temas importantes àquela controvérsia que obstaculizem a defesa do bem jurídico protegido, e, finalmente, impor regra que subverte o curso normal da carga de argumentação, fazendo com que o ônus da prova seja alterado para viabilizar uma distribuição mais adequada dos riscos da demanda entre as partes. Com base na relação jurídica subjacente e, considerando detalhes de sua formação, a regra se justifica como imposição genérica a ser identificada num universo bem delimitado.

Percebe-se daí uma modalidade de atribuição direta do ônus da prova que não é regida pelo parâmetro responsabilização sobre as próprias afirmações. A intenção é proporcionar, pela seleção de um dos temas da prova, uma modificação dessa regra que proceda uma distribuição justa dos riscos do erro judiciário. Diante da modificação da regra em relação a um dos *thema probandum*, proporciona a redistribuição do risco com base na matéria a ser provada, identificando nela o critério de escolha do ônus da prova.

Dessa maneira, não há porque se designar essa fórmula de manipulação dos riscos da prova como inversão do ônus da prova. Talvez seja melhor designada por *atribuição excepcional do ônus da prova, com fundamento em temas de prova característicos*. Assim, o *nomen juris* ao menos designaria o termo de maneira correta quanto a atribuição, e útil em identificar o mecanismo utilizado, quanto ao tema.

Quanto à inversão judicial, é preciso perceber que há duas formas em nada similares apresentadas sob a mesma rubrica apenas porque a regra legal que a prevê estipula suas duas hipóteses em seu *caput*. Entretanto, essa identificação não resiste ao exame crítico das espécies indicadas, sendo imprescindível perceber suas diferenças estruturais que afastam a possibilidade de classificá-las do mesmo modo. São mecanismos de distribuição do risco de fato, buscam técnicas distintas para alcançar esse objetivo, que consideram ainda as razões que autorizam a inversão do ônus da prova para configurar um plano de ação a respeito da carga da prova.

Primeiramente, é preciso considerar a estrutura da inversão *ope judicis* em sua caracterização pela hipossuficiência do consumidor. Conforme descrito anteriormente, o elemento central dessa forma de redistribuição da carga da prova seria o relevamento do encargo do consumidor em dado processo, considerando que nele se apurou que a parte contrária detém maiores condições de efetuar a comprovação. Apenas com base na

impossibilidade da prova de um e na ampla possibilidade do outro efetuar, a comprovação do mesmo ponto é que se poderia modificar a carga da prova.

Essa fórmula de modificação da regra normal do ônus da prova, que literalmente inverte os encarregados de provar determinado ponto apenas quando do processamento da investigação do processo judicial, se liga especificamente em uma única justificativa restrita ao equilíbrio probatório necessário à legitimação do processo. Nessa situação, a única ferramenta passível de viabilizar essa situação é a atribuição do ônus da prova considerando a situação de ambas as partes em termos de condições sobre a comprovação. O reconhecimento de que esse desnível é importante abre uma série de oportunidades para considerar, de maneira distinta, a carga da prova em várias situações que, não necessariamente, tem a ver com o direito material.

Por isso se disse, quando da análise desse dispositivo, que esse não seria referente às relações de consumo, mas a todas as situações em que fossem identificados os problemas da *probatio diabolica*. Modernamente, esse tema vem sendo estudado com a pomposa alcunha de dinâmica da carga da prova, que certamente explica melhor o fenômeno do que restringi-la a hipossuficiência do consumidor ou mesmo de deixá-la ao sabor do juiz. Sua aplicação é imperativa sob pena de violar o próprio direito de acesso à justiça, ao se negar uma discussão justa garantida pelas cláusulas do devido processo legal, contraditório pleno, direito à prova lícita.

Trata-se de um argumento também externo à inferência que ampara a conclusão sobre fatos, que deve ser levado em conta no processo judicial antes do início da instrução probatória para que não apenas se distribua de maneira justa os riscos inerentes a esse problema como também se confira oportunidade para a satisfação do encargo atribuído. Nessa hipótese, o argumento em nada se relaciona aos preceitos do direito material que estipulam os riscos. A determinação desses é verificada integralmente em relação à qualidade da discussão, atingindo todos os processos indistintamente, de maneira desvinculada do direito subjacente.

Isso é o que se denomina de fundamento procedimental da atribuição do ônus da prova, criado para evitar iniquidades identificadas em sua regra fixa. Promove-se a igualdade entre os litigantes ao viabilizar uma regra cuja aplicação depende integralmente da apreciação do caso concreto e cujos parâmetros se referem, exclusivamente, à possibilidade de alcançarem os meios de prova. Diante dessa estrutura, é imperativo que essa fórmula não se contenha às questões de direito do consumidor, estendendo-se o raciocínio a qualquer caso em que a mesma situação se verifique.

Por fim, apresenta-se a estrutura de atribuição excepcional do ônus da prova mais importante para os objetivos desse trabalho, qual seja, a chamada inversão *ope judicis* do ônus da prova, amparada na verossimilhança das alegações do consumidor. Conforme já ressaltado anteriormente, essa não é hipótese de verdadeira inversão do ônus da prova porque se ampara apenas na redução das expectativas da comprovação de suas alegações para ensejar a superação do ônus da prova. Trata-se, apenas, de uma noção distinta do critério de suficiência normal utilizado para superar os encargos probatórios, de modo que, por meio dessa redução, sejam distribuídos de maneira mais adequada os riscos da comprovação em favor de um bem jurídico especialmente protegido pela lei.

Talvez essa explicação fique mais clara ao se apresentar no diagrama da inferência probatória como impacta os argumentos em matéria de fato para alcançar seu objetivo. Diante da afirmação do consumidor que o automóvel que adquiriu veio com vício oculto, ele apresenta como prova laudo de seu mecânico particular sobre o defeito do objeto comprado no mês anterior um objeto oxidado (G) que causou falha mecânica cujo conserto é muito dispendioso (C). Segundo afirma, a oxidação demoraria tempo incompatível com aquele que teria adquirido o automóvel (W) considerando as condições normais de uso (B). Nessa situação, já teria alcançado a verossimilhança suficiente para se desincumbir do ônus da prova naquele caso concreto (Q). Eis a disposição gráfica do esquema:

Esquema 6 – Exemplo de funcionamento da “inversão do ônus da prova” com base na verossimilhança das alegações, patrocinada pelo art. 6º, VIII do CDC.

O que ocorre nessa hipótese, tal qual se verificou quando do estudo das presunções, é a utilização dos elementos de inferência a respeito dos juízos de fato. Nesse caso específico, o controle do risco se obtém ao se normatizar o conteúdo do elemento qualificador (Q) para exigir de uma parte maior ou menor comprovação de acordo com o direito material que veicula. O nível de exigência da comprovação é alterado do normal justamente para diminuir as necessidades de prova em relação àquele que se encontra na parte mais fragilizada da relação jurídica, considerando suas características essenciais.³¹³

A modificação desse elemento corresponde a um jogo de soma zero, em que aquilo que se atribui a uma parte corresponde exatamente ao reverso da outra. Enquanto se facilita para o consumidor a prova de um fato, exigindo dele apenas verossimilhança de suas alegações, exige-se do fornecedor uma prova que seja capaz de dirimir eventuais dúvidas que parem sobre sua versão. Esse elemento identificado em todos as inferências de fato pode ser manipulado em qualquer uma delas, desde que o faça amparado em razões garantistas para proteção de determinado bem jurídico ao reduzir os riscos de sua comprovação.

Essa fórmula de distribuição do risco não ocorre apenas nos casos de direito do consumidor, mas, também, em diversas hipóteses nas quais o direito material necessite dessa proteção. Outra situação clara em que isso é reconhecido no direito brasileiro é verificada em relação ao processo penal, no qual se estipula de maneira bastante tranquila o critério de suficiência cunhado na expressão *in dubio pro reo*, de modo a valorizar a liberdade em relação à condenação. Todo direito ocidental aborda essa fórmula com base na idéia de que *mais vale mil culpados absolvidos do que um inocente condenado*. Assim também outras situações jurídicas utilizam esse expediente para orientar os julgamentos referentes às alegações de fato que envolvam tais situações, como a relação jurídica tributária que impõe por intermédio do art. 149 do CTN que as exações fiscais são presumidas válidas até prova em contrário. Também nesse sentido pode-se verificar a presunção de validade dos atos administrativos, os quais somente podem ser impugnados mediante comprovação definitiva de sua invalidade. Todas essas situações manifestam um cálculo de risco que o direito absorve das relações sociais, repassando-o diretamente para a comprovação dos fatos através

³¹³ Apesar de ser raro que as obras jurídicas de tradição continental tratem do assunto, é fundamental verificar que a literatura nacional vem abordando de maneira bastante profunda o tema. Isolando o estudo dos critérios de suficiência como categoria processual importante de uma perspectiva dogmática, cf. KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. Aceitando a necessidade dos critérios de suficiência para adequação dos juízos, em sentido um pouco diverso, cf. Marinoni e Arenhardt, ob. cit., p.204 et. seq.

de critérios de suficiência que, nem sempre, são definidos, mas subjazem a toda decisão em matéria de fato.

Uma vez caracterizadas as investigações empíricas do processo judicial como discussões práticas, os critérios de suficiência estão obrigatoriamente presentes em todas as decisões racionais propostas nessa situação. A decisão, como se demonstrou, sempre precisará de uma referência axiológica para funcionar, que encontra nesses elementos uma forma de manipular essa parte importante do raciocínio em benefício do direito. Ao proporcionar a alocação do ônus da prova, ao exigir diferentes graus de comprovação de cada parte, são utilizados, também por esse prisma, os argumentos racionais como instrumento de legitimação das decisões jurídicas.

Também nesse caso, não há inversão do ônus da prova. Não se subverte a regra geral. Apenas se modifica o grau de suficiência para que a versão seja aceita como correta. Ensejam sempre um controle por meio da noção de intensidade da comprovação. Finalmente, percebe que essa técnica de atribuição do ônus da prova é uma questão de suficiência da prova. Daí ser mais correto designar essa configuração de atribuição da carga de prova por critérios de suficiência para impedir confusões em relação a esse conceito.

É exatamente essa noção de critérios de suficiência que se passa a estudar, como elemento importante de orientação e justificação das decisões em matéria de fato, abrangendo capaz de abranger universalmente a distribuição dos riscos necessária ao raciocínio jurídico.

§15. Fórmula de gerenciamento universal do risco. Apesar da teoria de objetivação da responsabilidade ser uma espécie de tendência do direito contemporâneo, dificilmente será possível afirmar que ela substitui, por completo, os casos de responsabilidade aquiliana, considerando que muitas relações jurídicas não podem ser submetidas a essa lógica. Por outro lado, nem sempre é possível excluir dos tipos jurídicos elementos que os definam apenas pelo risco que representam, como nos casos dos crimes de perigo abstrato ou identificação dos cartéis no direito econômico, sendo necessária uma caracterização complexa do tipo jurídico, atentando a condutas específicas das quais não se poderia abdicar para exercer o controle social efetivo ou promover adequadamente os valores veiculados no ordenamento jurídico. Tampouco, é possível afirmar que a presunção seja um elemento que pode ser criado para qualquer caso, especialmente considerando a tendência de superação das figuras de prova legal e formação livre dos juízos dessa natureza.

Tais fórmulas de consideração do risco se aproveitam de características especiais das relações jurídicas envolvidas ou de uma leitura da normalidade dos fatos para serem construídas com sucesso. É que, para determinadas relações jurídicas, a necessidade social de impedir sua ocorrência parece autorizar as regras positivas voltadas a situações nas quais sejam diminuídos os requisitos tradicionalmente caracterizadores de determinados ilícitos. Quanto às presunções, ainda que haja muitos casos em que podem ser aplicadas, dificilmente se identificaria em todos a possibilidade de cristalização das inferências epistemológicas a partir da dogmatização da experiência. Dessa maneira, essas opções dependem de situações muito específicas para serem utilizadas, deixando de compreender grande parte das relações jurídicas existentes nessa lógica de proteção desnivelada dos bens jurídicos. Ao mesmo tempo em que alguns institutos jurídicos são afeitos à regulamentação a partir dessas especificidades, há inúmeras outras situações relevantes integralmente alheias a sua órbita de influência que, nem por isso, devem ficar à margem da noção de distribuição de riscos exigida pela vida contemporânea.

Como se afirmou anteriormente, a identificação do risco não se limita apenas a percepção do desenvolvimento de novas relações sociais, mas, também, de uma nova teoria do conhecimento que alcança uniformemente as relações tradicionalmente verificadas. Em sua conformação atual, a sociedade demanda necessariamente uma nova postura sobre como perceber e decidir seus conflitos que sopesam sempre as consequências dessa caracterização e intervenção. Por isso, sempre há um cálculo a fazer quanto a solidez das conclusões propostas, decorrente da própria estrutura cognitiva e dos perigos que cada decisão social potencialmente impõe à manutenção da estabilidade das relações verificadas em seu interior.

A repercussão que as decisões sociais passam a ter no arranjo social atual conduz à necessidade de precaução especialmente detectada em face dos perigos que a vida moderna apresenta para sua própria sustentabilidade. Trata-se de concepção que inicialmente se liga à preservação ambiental e ao principal problema contemporâneo de ameaça às bases naturais da vida, mas também pode ser compreendida de modo mais amplo a viabilizar uma espécie de justiça distributiva em todos os setores sociais por meio de técnicas de proteção de determinados bens jurídicos ou, simplesmente, para tornar equivalentes. Ao facilitar, dificultar ou equilibrar as chances de comprovação dos fatos que caracterizam determinado direito já influenciam de maneira determinante os riscos que a sociedade pretende evitar ao decidir, priorizando determinados valores em detrimento de outros.

A valorização da distribuição dos riscos através de uma cognição responsável dos fatos é instrumento fundamental dessa nova mentalidade que se liga aos desafios contemporâneos, em que o direito desempenha uma função distributiva e busca nesses argumentos a legitimidade de sua atuação. O mecanismo funciona a partir da introdução de elementos axiológicos no juízo de fato, impondo às investigações sobre a matéria uma confirmação maior ou menor que seria diretamente ligada à proteção do bem jurídico que tutela. Seria sempre atribuído o ônus de comprovação àqueles que criassem ameaças aos valores juridicamente protegidos, impondo-lhes a necessidade de graus de confirmação tanto mais altos quanto à preservação conferida pelo direito.

A afirmação desse risco na cognição de fatos se dá precisamente por meio dos critérios axiológicos identificados a primeira parte desse trabalho. Àquele momento se apresentou que a cognição dos fatos tem limitações estruturais importantes, especialmente no âmbito das investigações judiciais, razão pela qual precisa ser complementado por juízos axiológicos que os orientem, de forma a contribuir com a legitimidade de suas conclusões. O papel dos argumentos dessa natureza é inerente às decisões práticas por proporcionarem ao juízo de fato um fechamento que, de outro modo, não teriam de maneira justificada.

Diante das incertezas não afastadas pela investigação judicial, a utilização dos critérios axiológicos serviria para justificar uma distribuição de risco da decisão entre os litigantes, a partir da manipulação do grau de confirmação que as versões de fato envolvidas teriam de apresentar. A estratégia se aproveitaria da estrutura do processo e principalmente da proteção que o direito confere aos bens jurídicos para proporcionar a essa investigação legitimidade em seu fechamento ao desenvolver um campo argumentativo de suporte às conclusões empíricas. Esse ferramental, que instrumentaliza o controle sobre o grau de confirmação que as versões de fato devem atingir, ganha um significado ainda mais importante no contexto contemporâneo por coincidir em tudo com as preocupações básicas do novo arranjo social.³¹⁴

³¹⁴ Essa consideração sobre a reflexão sobre provas já foi diversas vezes lembradas na história do processo mesmo na tradição continental. Walter relatou sobre essas teorias: “La medida de prueba óptima sería el valor probabilista que redujera a un mínimo los costos efectivos de las constataciones de hechos viciosas. Essos consistirían en los prejuicios individuales y sociales causados por esas constataciones. La medida de la prueba y la carga abstracta de la prueba no serían funciones de la verosimilitud o de la probabilidad, sino precisamente de los costos comparativos de constataciones y no constataciones defectuosas. Por tanto, no se podrían determinar discurriendo sobre verosimilitudes y probabilidades, sino única y exclusivamente sopesando intereses, bienes y prejuicios.” WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba: investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial*. Bogotá: Editorial Temis, 1985, p.162-163

Assim, não somente a utilização desses critérios é fundamental para o fechamento de juízos de fato como encontram no contexto atual um desenvolvimento essencial às necessidades sociais envolvidas. O direito é chamado a refletir aquilo que se afigura filosoficamente adequado para as decisões práticas e sociologicamente imperativo para a regulamentação das relações jurídicas. A manipulação axiológica das constatações de fato passam a ser identificadas num contexto em que integram um objetivo cada vez mais importante para a sociedade por exercer papel determinante na alocação dos riscos da decisão judicial.

Em absolutamente nada tais construções são estranhas ao direito, considerando que refletem decisivamente a proteção que se concede ao bem jurídico e expressam a dupla natureza, processual e material, das regras da prova.³¹⁵ Como se demonstra, muito além de um mero voluntarismo dogmático, essa fórmula encontra grande respaldo para operar, carecendo apenas de maior desenvolvimento no âmbito da tradição continental do direito, buscando sempre um paralelo a ser traçado pelas construções epistemológicas que as ampare o funcionamento. Construções dessa natureza tomam um lugar fundamental no direito probatório a proporcionar a legitimidade de suas conclusões de acordo com os objetivos sociais materializados no direito e a partir de uma concepção de conhecimento sintonizada com preocupações atuais.

Essa talvez seja a única forma universal de utilização do controle de risco, pois aplicável a qualquer situação independentemente de suas características. Absolutamente todas as previsões jurídicas têm uma base fática que pode ser sujeita a esse tipo de verificação. Os graus de confirmação supririam eventuais lacunas no controle do risco para qualquer relação jurídica que o demandasse, dependendo do tipo de proteção que confere aos bens jurídicos envolvidos.

Exemplo desse tipo de intervenção jurídica poderia ser constatado num caso em que se apura a responsabilidade de um profissional, médico, por exemplo, a respeito de seu posicionamento técnico na administração de um tratamento. No argumento do paciente que se sentiu prejudicado pela atuação que considerou equivocada não há qualquer diminuição de requisitos de responsabilidade que seja aplicável, buscando-se uma discussão ampla sobre os fatores de responsabilidade civil (culpa, dano, nexo causal). Não obstante tal fato, a doutrina tradicionalmente estabelece critério de comprovação diferenciado em favor do

³¹⁵ Dinamarco, Instituições, p. 46-47.

médico, sendo necessário que o erro seja comprovado de maneira clara e convincente para que possa ensejar sua condenação.

Ainda que o conteúdo da demanda seja patrimonial, uma vez que envolve necessariamente um pedido de indenização ou custeio do tratamento considerado reparador do erro, as relações materiais subjacentes a essa discussão impõem ao demandante uma comprovação mais firme do que o normal de casos patrimoniais. Considera-se que um processo de erro envolve matérias nebulosas da técnica envolvida e que a condenação pode trazer consequências importantes para a vida de um profissional. Diante disso, seria necessário que se comprovasse, de modo bastante contundente, que o erro ocorreu ou que os meios profissionalmente disponíveis não foram utilizados com zelo e que não se trata apenas de divergência de condutas possíveis.³¹⁶

Nessa situação, ainda que se admita a necessidade de identificar todos os elementos da responsabilidade como fundamentais para a imposição da obrigação ao médico, somente poderá ser feito a partir de comprovação contundente do erro cometido. Com isso, a distribuição do erro é feita em favor da proteção do bem jurídico tal como identificado na legislação através de sua imposição ao juízo de fato, por meio de critérios de suficiência elegidos. Todas as relações jurídicas contam com uma distribuição de riscos, ainda quando são equivalentes, mas se fazem notar, primordialmente, quando são desnivelados como nesse caso.

Nos casos cíveis tradicionais, em que são debatidas relações entre pessoas físicas formal e substancialmente iguais, nos quais o bem jurídico de uma não pode ser tomado em melhor conta do que o defendido pela outra, também nesses há uma distribuição do risco, mesmo não beneficiando qualquer das partes. Importa para a utilização desse expediente, na verdade, apenas a identificação do bem protegido e a intensidade com que é protegido pela lei em relação àquele que se lhe contrapõe. Diante dessas respostas, as quais podem ser identificadas em qualquer relação jurídica, torna-se bastante acessível a utilização de mais esse controle jurídico do risco.

Todas essas razões mostram que a utilização desse esquema preenche, residualmente, os espaços não alcançados por outros mecanismos, apresentando função não

³¹⁶ Knijnik, ob. cit., 169-171

Também a jurisprudência apresenta tal posicionamento: “[...] RESPONSABILIDADE MÉDICA - ERRO DE DIAGNÓSTICO - PROCEDIMENTO OPERATÓRIO - INADEQUAÇÃO - NÃO CONFIGURAÇÃO - INABILITAÇÃO OU DIMINUIÇÃO NA CAPACIDADE LABORATIVA - PENSÃO. Se não for demonstrado nos autos ter havido erro de procedimento operatório ou incorreção crassa de diagnóstico, não responde o médico pelo pensionamento pleiteado, à ausência de prova cabal da inabilitação ou diminuição obstativa da capacidade laborativa. [...]” (TJPR, Apelação Cível n. 156599-3, Rel. Des. Rosana Amaral Girardi Fachin, Segunda Câmara Cível do extinto Tribunal de Alçada, j. 23/05/2001, DJ 08/06/2001).

somente útil à legitimação das decisões sobre fato como, também, indo ao encontro de necessidades prementes da sociedade contemporânea.

§16. Especificidade em face de outras técnicas. Não somente a utilização dos critérios de suficiência do juízo de fato é considerada amplamente aplicável a qualquer relação jurídica existente, como também pode ser combinada com outras técnicas com o mesmo objetivo da alocação de riscos. Essa mistura denuncia uma especificidade desses tipos de controle embora compartilhem o mesmo objetivo. Diante das circunstâncias do caso, é possível, até mesmo, reconhecer que as orientações apontem para direções opostas, controlando o risco de maneira diferente, de acordo com as idiossincrasias de cada situação jurídica.

O caso da regulamentação destinada ao direito do consumidor pela legislação brasileira apresenta, claramente, a aplicação simultânea de diversos critérios de distribuição do risco que podem ser cumulados na mesma ocasião. Além de construir um conceito de responsabilidade voltado para impor ao fornecedor os riscos de sua atividade econômica em relação aos seus consumidores, também consagra o juízo de fato como instrumento dessa alocação desnivelada do risco, através da inversão do ônus da prova.

Mesmo quando da diminuição dos elementos da responsabilidade ocorre em diversas figuras jurídicas para promover uma distribuição dos custos sociais diante da posição de aquinhoamento privilegiado na qual se encontra, por exemplo, ainda assim é de se notar que ainda haverá matéria de fato a ser dirimida em diversas ocasiões. No caso específico do consumidor, a responsabilidade pelo vício do serviço exclui o fator culpa da caracterização da responsabilidade do fornecedor, mas mantém, com clareza, a necessidade de comprovação de danos e nexo causal para que se atenda qualquer pedido indenizatório. Nesses casos, ainda assim, é bastante importante a dificuldade que pode ser verificada para o consumidor na apresentação de suas razões.

Tome-se, por exemplo, um exemplo corriqueiro de vício oculto na prestação do serviço de instalação de móveis à residência do consumidor pela própria fornecedora que os vendeu. Em diversos casos, após a instalação, o produto parece bem instalado, mas logo se revela indevidamente frágil mesmo diante de uso regular. Certamente o consumidor detém a nota fiscal da compra, o comprovante de entrega do material, a ordem de serviço levada pelos funcionários que instalaram o imóvel, mas como comprovará que os danos decorrem do vício do produto ou do serviço. Supondo que isso seja possível, a mera atribuição desse ônus ao consumidor o colocaria numa situação de desvantagem perante as diversas relações

de consumo que mantém por necessidade todos os dias com os mais diversos fornecedores, os quais seriam beneficiários de uma estrutura que impede o exercício dos direitos que institui.³¹⁷

A questão, dessa forma, não se limita à diminuição de elementos para a caracterização da responsabilidade. Remete à construção de um sistema de proteção que

³¹⁷ Essa diminuição de exigência sobre a prova é verificada no direito do consumidor e em inúmeros casos: APELAÇÃO CÍVEL. SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL. AGRAVO RETIDO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. NULIDADE DA SENTENÇA. INÉPCIA DA INICIAL. REJEIÇÃO. RESILIÇÃO UNILATERAL PELO CONSUMIDOR. FATURAS APÓS SOLICITAÇÃO DE CANCELAMENTO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. COMPROVAÇÃO. NEGATIVAÇÃO INDEVIDA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS E RAZOAVELMENTE ARBITRADOS.

[...] 4. *Manifestando o consumidor a vontade de resilir unilateralmente o contrato e não havendo óbice contratual para tanto, à medida que o autor se encontrava em dia com o pagamento das faturas e comprovou o formal pedido de finalização do contrato, apresenta-se indevida a cobrança de faturas após o requerimento, impondo-se o cancelamento imediato do contrato em questão.*

5. *Não comprovada a legalidade da cobrança que ensejou a negativação do nome do autor, esta se mostra ilegítima, razão pela qual há que prevalecer a alegação autoral, sendo indevida a negativação do nome do consumidor, o que, por si só, constitui gravame à sua reputação creditícia, maculando sua honra subjetiva e objetiva, resultando na obrigação de retirada do nome do autor dos cadastros restritivos de crédito. [...]*

(TJRJ; APELACAO n. 0113645-20.2008.8.19.0001; Rel. Des. ELTON LEME; Julgamento: 13/01/2010; Órgão Julgador: DECIMA SETIMA CAMARA CIVEL; Publicação: 21/01/2010)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO CONSUMIDOR. IMPUGNAÇÃO À EXECUÇÃO. RENDIMENTOS DE CONTA POUPANÇA. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. EFICÁCIA TERRITORIAL DA SENTENÇA. VÍNCULO ASSOCIATIVO. a) *Para a comprovação da legitimidade ativa do credor-poupador que propõe ação de execução com lastro em título executivo judicial exarado na ação civil pública, despendida se mostra a comprovação de vínculo com a associação proponente da ação, bastando a comprovação da existência deste no período em que as diferenças foram reconhecidas como devidas. Precedentes.* b) *A eficácia da coisa julgada emanada da sentença proferida em ação coletiva, em regra erga omnes, não se confunde com a competência territorial do órgão prolator da sentença condenatória. Aplicação do art. 103, do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes. [...]*

(TJPR; Agravo de Instrumento: 0591000-1; Relator(a): Leonel Cunha; Julgamento: 07/07/2009; Órgão Julgador: 5ª Câmara Cível; Publicação: DJ: 182)

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO PESSOAL - CDC. COBRANÇA E DESCONTO DE PARCELA ANTES DO VENCIMENTO. DESCONTO ANTECIPADO. QUANTIA EXTORNADA TARDIAMENTE. DEVOLUÇÃO EM DOBRO. APLICAÇÃO DO ART. 42 DO CDC. DISPENSA DE MÁ-FÉ. DANO MORAL CONFIGURADO. [...]

3. *A PENALIDADE PREVISTA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 42 DO CDC (REPETIÇÃO DO INDÉBITO, POR VALOR IGUAL AO DOBRO DO QUE O CONSUMIDOR PAGOU EM EXCESSO), DISPENSA A ANÁLISE DA MÁ-FÉ, BASTANDO A COMPROVAÇÃO DA COBRANÇA INDEVIDA PARA QUE SEJA APLICÁVEL, COMO FOI O CASO DOS AUTOS.*

4. *A ALEGAÇÃO DE SIMPLES FALHA ADMINISTRATIVA, SEM QUE RESTE DEMONSTRADO O ESTORNO IMEDIATO DA QUANTIA DESCONTADA, DEMONSTRA A NEGLIGÊNCIA DO BANCO NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS E CARACTERIZA-SE COMO ABUSO DE DIREITO DO CREDOR E TRANSMUDA-SE EM FATO GERADOR DO DANO MORAL INDEPENDENTEMENTE DA COMPROVAÇÃO DO EFETIVO DANO, VISTO QUE É PACÍFICA A DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA NO SENTIDO DE QUE O DANO MORAL SE CONSIDERA PRESUMIDO PELA SIMPLES COBRANÇA INDEVIDA.*

5. *NOS TERMOS DO ARTIGO 55 DA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS (LEI Nº 9.099/95), CONDENO O APELANTE AO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, OS QUAIS FIXO EM 10% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. [...]*

(TJDF - Ação Cível do Juizado Especial 0037866-63.2006.807.0001; Relator(a): ANA CANTARINO; Julgamento: 19/06/2007; Órgão Julgador: Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F.; Publicação: 26/07/2007, DJU Pág. 134 Seção: 3)

torne efetiva a proteção materializada na legislação, contornando todas as dificuldades que impeçam a prática da distribuição dos riscos. Daí porque sempre há a possibilidade de se tentar atingir esse objetivo através do juízo de fato: de uma forma ou de outra, a comprovação sempre é um elemento que traz dificuldades ao litigante, merecendo atenção especial para alcançar os objetivos propostos.

A possibilidade de concurso entre as duas figuras jurídicas indica que, apesar de compartilharem o mesmo objetivo de distribuição do risco e o fazerem no mesmo sentido, dirigem-se a elementos diferentes porque podem representar dificuldades distintas com as quais se deve lidar na efetivação de direitos. Ocorre que não é obrigatório que os diferentes mecanismos de distribuição do risco se voltem para mesma direção quando utilizados conjuntamente. Pode ocorrer que a formulação da figura jurídica se dirija em uma direção específica enquanto a indicação dos critérios de suficiência se movimente na direção contrária.

É isso que ocorre, por exemplo, nos casos acima citados referentes à identificação dos cartéis em face da regulamentação do direito econômico. Como visto, para a caracterização do cartel, não é necessária demonstração de que houve acordo entre as partes ou tratativas para o alinhamento das práticas comerciais, mas precisamente os efeitos que o cartel gera no mercado, os quais, de maneira autônoma, podem caracterizar a referida ilicitude, independentemente da existência de acordos espúrios. Isso não significa, entretanto, que o critério de suficiência dessa constatação facilite por qualquer meio as alegações em favor da caracterização do cartel. Ao contrário, se fosse sustentado critério de suficiência para essa hipótese, deveria ser orientado a proteger a livre concorrência e os diversos cenários que atravessa, não sendo correto arriscar intervenções sem uma confirmação ideal.³¹⁸

Assim, é possível que o critério de suficiência seja o elemento principal da distribuição do risco, justamente porque é o de maior alcance diante de sua presença em todos os raciocínios sobre fatos e, se bem trabalhado, pode proporcionar resultados satisfatórios na proteção de determinados bens jurídicos. Uma das áreas onde esse desenvolvimento é mais premente está em destaque na agenda contemporânea. Não há legislação que preveja expressamente critérios de suficiência para sua tutela, ainda que seja premente essa necessidade como aponta a jurisprudência.

³¹⁸ Cf. §7, item 1.2, Parte II, acima.

Ainda é falha a identificação dos papéis que os valores precisam ter em todos os juízos de fato submetidos ao julgamento jurídico, de maneira que se compreenda sua estrutura e dinâmica básica, de modo que não se dependa apenas de esporádicas exações legais para proporcionar a distribuição adequada do risco do erro de fato dentre os contendores. É somente pela percepção desse elemento fundamental da valoração, que se pode orientar os argumentos decisivos em relação ao convencimento do juízo de fato em busca de uma decisão mais adequada às necessidades dos direitos tutelados e, principalmente legítima perante os elementos da argumentação jurídica

2. Proposta de sistematização dos critérios de suficiência

2.1 Critérios de suficiência: alternativa dogmática a partir do embasamento teórico da prova livre e da tutela do risco

§17. *Critérios de suficiência.* Este trabalho se destinou, até aqui, a firmar duas premissas principais. Inicialmente, tentou-se demonstrar que a valoração das provas não encerra em si a decisão em matéria de fato, necessitando do aporte de elementos axiológicos para legitimar seu fechamento ao racionalizar seu percurso. Com isso, proporciona a orientação de tais julgamentos de maneira a alocar adequadamente os riscos que lhe são inerentes. Em seguida, apresentou-se a importância da distribuição do risco no direito contemporâneo e como essa noção é repassada, também, à consideração da prova pelo estudo do direito processual.

Essas premissas foram construídas, de maneira continuada, para se identificar como as premissas axiológicas, apresentadas na primeira, têm influência na consideração do risco, apresentadas na segunda. Conforme visto, isso pode ser percebido no próprio direito brasileiro, ao se verificar na inversão do ônus da prova a utilização desse instrumento axiológico para proporcionar a distribuição do risco em favor do consumidor ao reduzir as exigências de comprovação a patamares de verossimilhança, conforme previsão do art. 6º, VIII do CDC; mas a, a utilização desse critério axiológico, identificado em todos os raciocínios em matéria de fato, não pode ser restrita a essa alternativa identificada de maneira algo isolada na legislação brasileira.

A hipótese anunciada desde a introdução, e que vem sendo levada a cabo em todo o curso do trabalho, é a de que a utilização desse elemento axiológico, sendo ínsita a qualquer raciocínio de fato, precisa ser sistematizada perante o direito brasileiro. É fundamental que seja revestida pela linguagem dogmática para que adentre de maneira adequada às discussões judiciais. Nesse sentido, propõe-se um conceito que abarque todas

essas construções para preencher a vaga reservada aos elementos axiológicos provados imprescindíveis em tais reflexões: “critérios de suficiência”.

À primeira parte, ao se identificar o processo judicial com o raciocínio prático, sustentou-se a existência de duas etapas distintas na reflexão sobre fatos no processo judicial, que importam em regramentos dogmáticos complementares aos atuais existentes no processo brasileiro. Uma se refere às discussões epistemológicas sobre a comprovação dos fatos alegados; outra, à avaliação dos resultados obtidos a partir de elementos axiológicos que introduzem no raciocínio decisório elementos importantes para seu fechamento legítimo. A identificação dessas duas etapas não pretende substituir os roteiros que envolvem todos os passos necessários à construção processual da decisão, mas chamar atenção para a necessidade de se considerar os conteúdos desse raciocínio e a forma como se manifestam, ou deveriam se manifestar, nesse contexto.

Ambas as etapas são igualmente importantes. Enquanto a investigação epistemológica pretende inquirir sobre a validade das inferências, o juízo axiológico busca orientar os graus de comprovação que devem ser atingidos e também subsidiar a decisão de modo adequado, caso o padrão preconizado não seja atingido. Trata-se do aparato complexo de justificação das decisões de fato, a afastar interferências indevidas em suas conclusões.

A insuficiência dos juízos epistemológicos no processo judicial e suas limitações estruturais, bem como a necessidade de se apresentar justificativas para decisão em qualquer contexto, importam num entrelaçamento entre esses tipos de construção. Ainda quando o juízo epistemológico for positivo ou negativo diante de seus próprios mecanismos, a decisão depende da orientação conferida pelos elementos axiológicos, pois, nem sempre, o que é provável será suficiente para subsidiar uma decisão jurídica. Assim, para lidar propriamente com a necessidade das decisões de fato no processo judicial é preciso responder duas questões fundamentais tanto em relação ao grau de confirmação da verdade das alegações investigadas quanto a suficiência da base probatória.

A questão da valoração da prova é sempre resolvida em sede epistemológica. Avaliar os elementos de prova e propor-lhes significado no contexto processual é sempre um trabalho que envolve inferências construídas a partir de observações específicas e genéricas no intuito de promover uma visão coerente e compartilhada sobre a realidade. A valoração dos elementos de prova busca construir narrativas sobre a realidade que possam preencher justificadamente a necessidade do direito se reportar à realidade para desempenhar o papel de orientar as ações sociais.

Em relação à suficiência da base probatória, o terreno epistemológico não é adequado para se manifestar no campo das decisões práticas. Uma vez que os elementos de prova disponíveis são sempre incompletos, tratar uma base probatória como suficiente ou insuficiente para reconhecer uma estimativa de probabilidade confiável acaba desconsiderando importantes reflexões sobre o direito, na medida em que o grau de suficiência da aproximação da verdade depende da medida de proteção conferida ao bem jurídico. Nesse assunto, valores morais e políticos projetados no direito são mais importantes do que considerações epistemológicas para orientar o juízo de fato.

Essas atividades, entretanto, não são estanques. Somente se pode dizer que há comprovação adequada pelos elementos de fato presentes quando o juízo de fato leva em conta o grau de proteção ao bem jurídico envolvido. Da mesma forma, os elementos axiológicos são enunciados de modo a proporcionar gradação da comprovação epistemológica. Essa proximidade entre os dois elementos é, possivelmente, uma das causas de permanecerem indistintos por tanto tempo no direito processual da tradição continental, com prejuízo da estruturação de institutos de decisão em matéria de fato. É preciso reconhecê-las como etapas do mesmo argumento.³¹⁹

Tomados nesses termos, os elementos axiológicos são diretamente responsáveis pela alocação do risco da comprovação no processo judicial. Isso é imprescindível para o raciocínio de fato, como um dos campos de justificação desse tipo de decisão. De acordo com o nível de proteção dada ao bem jurídico, esses elementos exigem maior ou menor comprovação em razão diretamente proporcional.

Alguns riscos de erro são potencialmente mais perigosos que outros por envolver bens jurídicos distintamente considerados. A alocação do risco do erro no processo judicial não pode ser fortuita ou arbitrária, considerando a própria estrutura valorativa do direito. Ao invés disso, deve ser produto de uma decisão informada, moral e politicamente legítima. Para não deixar o risco de erro recair aleatoriamente, o sistema jurídico assume o controle do risco e o direciona para a direção correta.

Já foi demonstrado que essa prática é bastante reconhecida no processo penal em que a condenação de inocente é tida por infinitamente mais temerária do que inocentar o culpado. Apesar dessa consideração não ser comum ao raciocínio da prova no Brasil e na maioria dos países da tradição continental, especificamente no caso penal, observa-se a necessidade de maiores esforços para a verificação da condenação. Como também já foi

³¹⁹ Cf. §§24-29, item 2.5, Parte I.

dito, outros casos têm a mesma necessidade de avaliar os riscos antes de decidir sobre fatos. Demonstrou-se que, quando não podem ser sustentadas preferências entre os litigantes, como nas tradicionais relações civis, ainda assim, há uma necessidade de distribuição do risco que passa despercebida por ser equitativa. Essa percepção desbrava todo um novo campo de argumentação para a decisão sobre fatos, em que essa alocação dos riscos com base na força do conjunto probatório tem de ser considerado.

Os critérios de suficiência nada mais são do que a tradução desses elementos axiológicos destinados a regular o risco do erro de fato para a dogmática do processo judicial. São propostos com o objetivo de estipular sob que condições os elementos de prova são suficientes para se reconhecer um enunciado de fato como verdadeiro, refletem a proteção jurídica destinada ao direito material envolvido. Trata-se de instrumento que se define segundo a tutela destinada a cada bem jurídico material, apesar de ser regra que se manifesta nas preocupações do processo judicial como orientação fundamental para a decisão. É uma espécie de questão prévia à avaliação do conjunto probatório que define o grau de comprovação que deve ser atingido em cada processo de modo a proteger de equívocos determinados bens jurídicos considerados valiosos. Assim, tem por objetivo manipular a comprovação de determinados fatos, criando exigências quanto a sua intensidade de maneira proporcional à proteção destinada a determinado bem jurídico.³²⁰

No esquema proposto referente a argumentação desse natureza, ocupa o espaço reservado aos qualificadores (Q), não apenas indicando a intensidade com a qual o argumento se constrói entre fatos-base e fatos presumidos, mas fazendo com que esse elemento exija que tal ligação seja feita em determinados termos. Trata-se da normatização de um elemento da argumentação similar às presunções em sentido estrito, as quais operam pela cristalização dos argumentos ao erigir normas sobre o elemento garantia (W). No caso dos critérios de suficiência, essa utilidade talvez seja maior na medida que todos os argumentos de fato referentes a questões práticas têm de se utilizar desse instrumento para obter uma decisão legítima, pois uma de suas mais importantes questões se refere ao nível de comprovação exigido para julgar um problema.

³²⁰ Knijnik, ob. cit., p. 35-37; ROSITO, Francisco. A prova e os modelos de constatação na formação do juízo de fato. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 157, março/2008, p. 51-71.

Esquema 7 – Elemento da argumentação no qual se materializam os critérios de suficiência.

Nesse mesmo elemento se encontram duas categorias diferentes: *ponto de valor da prova* (grau de probabilidade provido pela consideração de um meio de prova ou vários deles) e *ponto da carga da prova* (grau mínimo de valor da prova para que se considere alcançada uma constatação). Este tem conteúdo normativo e axiológico, destinado a regular a intensidade da comprovação para autorizar um juízo afirmativo sobre fatos em determinada causa; aquele mede o aporte de verdade que poderia ser defendido a respeito de uma afirmação, o qual deve ser comparado ao ponto de carga da prova para verificar se é capaz de alcançá-lo de modo a indicar o sentido do julgamento. Os critérios de suficiência correspondem a esse ponto da carga da prova de suma importância para orientar os juízos de fato à sua legitimidade.³²¹

A identificação desses critérios de suficiência como categoria do pensamento jurídico é característico da “*common law*”, embora a tradição continental perceba também figuras bem semelhantes embora não sistematizadas. Nos ordenamentos que reconhecem importância a esse tipo de regramento, quanto mais justificativas houver para a proteção de um determinado bem jurídico, maior será a diferença identificada na alocação do risco de erro entre os litigantes. É por isso que, não havendo preferência na proteção dos direitos dos litigantes em matéria civil, não há justificativas para alocação desigual do risco do erro; enquanto que, no direito penal, a maioria dos países reconhece ao acusado o benefício da dúvida razoável, não podendo haver condenação sem a extirpar, considerando a importância

³²¹ A distinção entre ponto de valor da prova e ponto de carga da prova retirada por Walter da obra de Ekeloff. Cf. Walter, ob. cit., p. 160, nota 60.

conferida à liberdade dos indivíduos em face de acusações e investigações.³²² Junto com esses extremos, muitas outras situações intermediárias foram tradicionalmente identificadas num terceiro tipo de critério designado pelas fórmulas clara e convincente, criando um terceiro gênero, para casos em que há necessidade de cuidados especiais, mas não proteção ostensiva. Tradicionalmente, esse último tipo é destinado, v.g., a decisões que envolvam o interesse de menores.³²³

Não se trata de quantificar o grau de certeza como parâmetro definitivo de decisão, mas de viabilizar uma argumentação imprescindível ao juízo de fato de concretização do direito: discutir sobre as consequências da identificação dos fatos segundo conjunto probatório determinado, incluindo, de maneira sistemática nessas reflexões, uma preocupação que é inerente a esse tipo de reflexão e fundamental para se apresentar conclusões racionais e coerentes com o sentido do direito material.

Essas estipulações, apesar de previstas e utilizadas massivamente nos julgamentos de “*common law*”, mas assistemáticas no âmbito continental, não são uma exigência meramente legal, mas ínsita à própria racionalidade da decisão de fatos, segundo se tentou demonstrar ao longo dessa explanação. Ocorre que o tratamento que recebe, em especial no direito brasileiro, muitas vezes não é condizente com sua importância, leva em consideração apenas casuisticamente suas hipóteses segundo instrumentos de prova legal. Por outro lado, essas previsões esporádicas nem mesmo são objeto de estudo fora da especificidade de suas formulações, deixando de considerar esse importante campo de regulamentação social.³²⁴

³²² Cf. TRICKETT, William. Preponderance of evidence and reasonable doubt. *Forum (Penn State Law Journal)*, vol. X, 1905-1906, p. 77 e seguintes.

³²³ “Three such standards, differing in how likely the particular fact must be, apply in different circumstances: (1) The standard of preponderance of the evidence translates into more-likely-than-not. It is the usual standard in civil litigation, but appears throughout law. Considerable debates revolves around its practical meaning, but nearly everyone now accepts the property of this standard as one end of the usual probability scale. (2) Next comes the intermediate standard or standards, often grouped under the banner of clear and convincing evidence and roughly translated as much-more-likely-than-not. (...) These apply to certain issues in special situations, such as when terminating parental rights. Continuing the debate here focuses on the practical meaning of clear and convincing evidence, while the debate decreases on potential differences among the distinctive intermediate formulations. (3) The standard of proof beyond a reasonable doubt means proof to a virtual certainty. It rarely prevails outside criminal law. Again, arguments persists about its practical meaning, but not about the propriety of this standard, as other end of probability scale in our unavoidable uncertain world. (...) A task of the law is making the choice appropriate to the situation; the law aim to minimize overall errors, to decrease dangers of deception or bias or to disfavor certain claims, or to avoid special kind of error such as convicting the innocent.” CLERMONT, Kevin M. Procedure’s magical number three: psychological bases for standards of decision. *Cornell Law Review*, n. 72, vol. 1115, 1987, p.1119-1120.

³²⁴ Na tradição continental os critérios de suficiência somente são considerados por meio de instrumentos da prova legal, considerando o grau de confirmação que esses mecanismos poderiam conferir às hipóteses levantadas. O livre convencimento tem reconhecido esporadicamente a necessidade utilizá-los, conforme se apresenta a seguir.

Os critérios de suficiência guardam íntima relação com o instituto do ônus da prova, pois visam complementar sua conformação na tradição continental. Se for reconhecido que a decisão judicial será sempre pautada em probabilidade e a importância da distribuição do risco da comprovação no processo judicial, não basta que a regra de ônus da prova decida quem deve provar o quê. Nessas circunstâncias, tal regra deve ser expandida, também, em direção à intensidade da prova para cumprir com os desígnios do direito contemporâneo.

A aplicação da regra de ônus é fundamental para a resolução de um processo judicial, mas está sempre condicionada a um juízo negativo para todas as versões apresentadas num juízo probatório sobre os pontos controvertidos. O que se pretende estabelecer é que esse juízo sobre a comprovação é complexo, envolvendo não apenas critérios epistemológicos, como também axiológicos, destinados a orientar a suficiência da comprovação. Daí a necessidade de se considerar sempre os critérios de suficiência, refletindo, em todas as hipóteses, argumentos a serem desenvolvidos em relação à decisão de fato.

Essa concepção está em perfeito acordo com a evolução da noção de ônus da prova conforme a literatura continental, que faz uma aproximação cada vez maior entre esse instituto de direito processual com os influxos do direito material. Como exposto nos trabalhos de Rosemberg, para alcançar o alívio do ônus de provar, cada parte deve observar quais os pressupostos constitutivos do direito material que postulam. Essa fórmula indica o mesmo caminho que se propõe agora em outra instância. Além de restringir o âmbito da matéria que condiciona a exoneração do ônus, postula-se, ainda, uma relação mais profunda com o direito material, com a inclusão nos cuidados destinados à proteção dos bens jurídicos um rigor na apuração mais apropriado com esse objetivo.³²⁵

³²⁵ As relações do ônus da prova com o direito material vêm sendo há muito defendidas por Rosemberg ao entender que os conceitos de fatos constitutivos, modificativos e extintivos que regulam a atribuição do ônus da prova são categorias relacionadas diretamente com o direito material: “[...] no hay ni puede haber otra solución del problema de la carga de la prueba ni mejor guía a través de la pletera desconcertante de fenómenos y opiniones, que nuestro principio, según el cual cada parte soporta esa carga respecto de la existencia de los presupuestos de aquel precepto jurídico cuyo efecto hace valer en el proceso. Sólo mediante la interpretación del derecho material ES posible acertar el alcance de los hechos que deben constar (ser probados). No ES correcto, a mi parecer, el punto de vista muchas veces sostenido según el cual la carga de la prueba debe distribuirse conforme la situación concreta del proceso, según el modo de ser presentadas las afirmaciones por las partes. Nuestro principio transplanta, por decirlo así, la controversia sobre la distribución de la carga de la prueba, del modo de ver subjetivo que tiene en cuenta el proceso singular al dominio objetivo del derecho material, de la arena tumultuosa de litigio al éter puro del ordenamiento jurídico.” Rosemberg, ob. cit., 142.

É preciso sistematizar, dogmaticamente, essa solução referente às decisões práticas, puxando uma discussão sobre as formas de absorção dessas ideias pelos institutos jurídicos que conduzem às decisões sobre fatos.

§18. Uso na tradição continental. Apesar de não ser comum a referência do direito processual continental aos critérios de suficiência, não se pode dizer que essa ideia seja totalmente estranha às reflexões que empreende em matéria de fato. O grande óbice a uma identificação adequada desse instituto é a falta de aprofundamento teórico sobre o juízo de fato. Numa análise de reconstrução dos passos fundamentais dessa decisão, certamente será possível identificar o mesmo elemento por meio de diferentes mecanismos dogmáticos.

Conforme se demonstrou anteriormente, o tema da decisão em matéria de fato é tratado apenas como livre investigação e avaliação das provas pelos juízes de forma motivada, sem maiores discussões sobre o conteúdo desses argumentos. As discussões partem do pressuposto de que o conhecimento se dá por probabilidades, mas isso se traduz para o processo apenas como uma autorização para decidir sem certezas absolutas. Com isso, a preocupação da doutrina se restringe em deixar a cargo do juiz imparcial a investigação, definindo o livre convencimento como um conceito antagônico à noção de prova legal.

Quando se trata de destacar a suficiência da comprovação em matéria de fato, ordinariamente se apela para a polissêmica palavra *verossimilhança*, que, ao menos nesse sentido, indica a necessidade de alto grau de aproximação da verdade. O normal, para todos os casos submetidos ao processo judicial, seria que os argumentos em relação ao ocorrido fossem firmados em grau de alta probabilidade, impedindo decisões que fossem embasadas em comprovações nesse patamar. Sem discutir alternativas para esse entendimento, a justificação dos julgamentos nesse particular mira sempre num grau de comprovação geral e difícil de ser alcançado, sem considerar os efeitos colaterais dessa alternativa para a experiência jurídica como um todo.

É possível afirmar que, de um modo geral, os países que seguem a tradição jurídica continental comungam de posicionamentos similares. Ainda este não seja único parâmetro sobre o qual as decisões de fato operam nesses países, dificilmente proporcionam um debate interessante sobre esse assunto, demonstrando quão encravados em suas

concepções esses parâmetros estão. A fórmula geral permanece indisputada e ignora suas fraquezas.³²⁶

Dentre as poucas discussões referentes à intensidade da prova destacadas nas reflexões jurídicas na tradição continental, teve-se oportunidade de verificar alguns fragmentos desse debate no cenário alemão, nos anos anteriores a década de 1980 no célebre trabalho de Gerhard Walter sobre a livre apreciação da prova. Em um de seus pontos mais importantes, a obra tenta identificar como se disciplina a suficiência da prova no direito alemão. A preocupação principal de sua argumentação é verificar se o juízo de fato pode se limitar em exigir a verossimilhança de suas alegações ou se são necessários diversos outros critérios de suficiência (designados pelo autor por “módulos de prova”) para fazer frente às necessidades do processo judicial.³²⁷

Segundo Walter, é possível e desejável firmar um critério de suficiência geral para todas as espécies procedimentais, no que identifica como “verossimilhança beirando a certeza”. O autor afirma, inclusive, que esta é a orientação do art. 286 da ZPO (Código de Processo Civil Alemão), que disciplina o livre convencimento com o propósito de determinar de maneira acertada, a forma como os fatos ocorreram. Esse posicionamento seria sustentado pela jurisprudência alemã, no sentido de combinar o conceito de verdade inscrito na lei com a idéia de verossimilhança, apreendida em teorias realistas do conhecimento.³²⁸

Tal posicionamento em face da legislação serviria de antídoto a teorias do subjetivismo que pretenda alcançar decisões em matéria de fato mediante a mera sensação de convencimento. A idéia de instituir a fórmula da verossimilhança beirando a certeza seria a maneira encontrada pela lei para lidar com a possibilidade de erro, não sendo lícito afirmar outras soluções genéricas perante a lei alemã. A lei não exige que se constate a verdade, mas levaria em conta o limite da capacidade cognoscitiva humana e exige apenas aquilo que se pode “ter como verdadeiro”.

Assim, as construções processuais escapariam de subjetivismos, pois “ter por verdadeiro” significaria chegar a uma conclusão por argumentos e pontos de vista. É conceito dotado de certo componente objetivo que o diferencia de crenças. A partir dessa abordagem, permite-se que a decisão seja considerada racional e discutível, pois as

³²⁶ Cf. Introdução, item 1.

³²⁷ Refere-se a obra de Walter já citada anteriormente. Sobre a designação dos critérios de suficiência, há outras denominações destinadas a essa mesma concepção, como “modelos de constatação” ou “standards probatórios” empregadas por Knijnik (A prova, passim).

³²⁸ Walter, ob. cit., p. 167-168

justificativas do julgamento são comunicáveis e defensáveis contra avaliações externas. A fórmula “ter algo por verdadeiro” respeitaria as limitações humanas e busca legitimação para uma decisão sobre fatos por aproximação da verdade.³²⁹

Essa verossimilhança beirando a certeza seria o módulo geral da prova nos processos judiciais. É utilizado na imensa maioria dos casos, pois a jurisdição sempre será exercida de modo legítimo quando for pautada no máximo de comprovações possíveis. Apenas ocasionalmente seria admissível que esse padrão geral fosse trocado, considerando casos muito específicos.³³⁰

Walter relaciona alguns casos em que reduções das exigências da prova poderiam ocorrer, seja pelo mecanismo das presunções, seja por meio da análise da especificidade dos fatos a serem constatados, referentes a relações jurídicas muito específicas. Tais circunstâncias teriam repercussões importantes na consequência das decisões, que deveriam se afastar do módulo unitário. Assim, não haveria dificuldade em entender que, por exemplo, o módulo de prova do processo penal não poderia ser o mesmo daquele referente a casos de acidente de trabalho. Considerando princípios que cercam o direito material, o módulo não poderia ser o mesmo em cada caso concreto. A jurisprudência alemã teria enxergado, algumas vezes, essa relação entre direito material e os módulos de prova com base não apenas em distantes ilações viabilizadas pelos princípios, mas nos “propósitos do legislador” em relação à matéria direta ou indiretamente previstos na lei.³³¹

³²⁹ Ibid., p.169-171.

³³⁰ Walter relata que a história da livre apreciação da prova, nos debates de 1877 para ZPO e StPO, indicavam esse conceito como agente de emancipação das regras de valoração, mas não dizia nada sobre o módulo de prova. Haveria um único módulo: a verdade tanto para o processo civil quanto para o processo penal, assim também nas leis específicas. Essa previsão não foi fruto de erro do legislador, mas de opção sobre o módulo de prova a ser utilizado. As questões referentes a distribuição da carga da prova seriam prova da consciência do legislador sobre a matéria; suposição de erro não está de acordo com uma leitura histórica das leis processuais alemãs (na ocasião da promulgação da lei se tinha a idéia que a convicção seria a consciência da verdade). Até se pode alegar discordância ou valoração equivocada, mas não falta de consciência.” Ibid., p.178 et seq. Tal autor não está isolado em perceber esse alto padrão de julgamento como característico da comprovação nos processos judiciais alemães. Outras fontes confirmam o diagnóstico: “What is the degree of conviction to which the civil court must be brought in ordinary situations before it is justified in holding that the burden of establishing a proposition has been met? [A German treatise says]: ‘The judge may and must always content himself with a degree of certainty that is appropriate for practical life, one which silences doubts without entirely excluding them’. Evidently a rather high degree of probability is called for, and there is a tendency toward at least verbal equation of the civil with the criminal standard.” KAPLAN; VON MEHEREN; SCHAFER. Phases of German civil procedure. *Harvard Law Review*, n. 71, 1958, p.1245 APUD. CLERMONT, Kevin M.; SHERWIN, Emily. A comparative view of standards of proof. *American Journal of Comparative Law*, n. 50, 2002, p. 243.

³³¹ Para ilustrar o ponto, o autor cita uma decisão do Tribunal Federal do Trabalho alemão: “Al reglar el ‘derecho a la pensión conforme la ley reguladora’, el legislador habría admitido de propósito las declaraciones juradas por razón de las dificultades que presenta la prueba en el procedimiento administrativo. De ahí deduce el BAG: ‘La misma razón que movió al legislador crear esa norma en beneficio del particular, tiene que gravitar en la valoración de los testimonios recibidos para determinar una situación jurídica general, en cuanto las apoye una verosimilitud intrínseca’”. Walter, ob. cit., p.173.

A tese é desenvolvida por meio de exemplos hipotéticos para explicar a possibilidade de utilização de outros critérios diversos da verossimilhança. O autor imaginou casos como o de um veterano de guerra atingido por disparo na cabeça e começa a sofrer 20 anos mais tarde ataques epiléticos e vem a falecer, sem que a causa apontada seja definitivamente comprovada. Imaginou, também, ocorrência na qual cidadão que trabalha diariamente utilizando a substância tóxica e vem a falecer em decorrência de doença associada, tampouco definitivamente comprovada. Ou mesmo um simples caso de aposentadoria solicitada por funcionário depende de comprovação de requisitos difícil de ser feita. Em todos esses casos, seria correta a modificação do padrão de prova exigido, seja para garantir a pensão para a família do militar, para liberação do seguro para a família do trabalhador, ou para a concessão da aposentadoria do referido funcionário. É certo que, caso fosse exigida certeza isenta de dúvidas, excluir-se-ia a possibilidade de resgatar os próprios direitos envolvidos.

Nesses, como em outros casos especiais, sustenta-se à possibilidade de redução das exigências de prova, ainda que suponha haver objeções a esse tipo de conduta por parte do pensamento jurídico mais tradicional a respeito das provas. Assim, vislumbra uma discussão sobre os argumentos que poderiam ser suscitados nesse debate para verificar a viabilidade da tese apresentada.

Em primeiro lugar, Walter levanta uma objeção relacionada a legitimidade das investigações judiciais. Vislumbra que não seria possível abrir mão da busca da comprovação dos fatos jurídicos pertinentes ao caso em qualquer hipótese. Entretanto, entende ser incorreto esse tipo de objeção com base numa leitura do sistema jurídico-processual alemão.

Afirma ser correto valorizar a comprovação das condições legais para satisfação de uma pretensão, mas essa premissa não se sustenta sem ser flexibilizada na prática, considerando as consequências que podem advir desses resultados. Há casos em que dificilmente se chega ao alto grau de confirmação. Daí porque, sem negar a verdade como objetivo da investigação jurídica, é necessário levar em conta outros princípios e objetivos legais para proferir julgamento correto.

A própria utilização da presunção simples, consagrada em todos os sistemas jurídicos, seria identificada como maneira de reduzir o módulo de prova. Esse mecanismo opera retirando a prova de seu campo de aplicação próprio, a tipicidade, para transformá-la em prova por presunção simples individual para justificar a redução de prova, mas sua utilização é limitada. Para funcionar o fato do caso concreto, tem de ter ocorrido de um

modo típico, que, por razão da experiência, sugere uma causa determinada e a considera inerente ao ordinário até o ponto que circunstâncias especiais que o individualizem cedam em importância. Diante disso, as presunções não podem ser consideradas suficientes para a tarefa.³³²

Além disso, o autor vislumbra objeções referentes aos critérios utilizados para reduzir o módulo de prova que pode significar injustificada, uma vez que não há requisitos genéricos dentre as hipóteses apresentadas que levassem a qualquer conclusão a respeito do assunto. Tal fator, no entanto, não é impeditivo da existência de hipóteses de redução, devendo ser estudadas individualmente se os casos difíceis signifiquem redução do módulo de prova conferindo-lhe mais possibilidade de calcular e concretizar exigências que planejem a produção da prova.

Por fim, o autor observa que não é possível sustentar como fundamento de toda constatação de fatos e necessário em todos os ordenamentos processuais um módulo unitário que requer a verdade em todas as situações. As questões jurídicas são muito diferentes para serem submetidas a um padrão único. São muito distintas também as finalidades do direito material para exigir sempre a convicção da verdade, com consequências que se revelam gritantemente injustas.

Diante de tudo isso, Walter reafirma a “verossimilhança beirando a certeza” como padrão geral de atuação do Judiciário, mas não vê como serem negadas exceções ainda que só possam ser definidas a partir de casos específicos. Para aplicar a redução, teria de ser demonstrada uma lacuna, que, no caso, seria a ausência de limitação necessária, mas não compatível com o sentido do texto. A interpretação “histórica e teleológica” serviria para identificar se essa lacuna existe ou se é decisão do legislador adotar o módulo único.³³³

A teleologia imanente da lei apontaria, em primeiro plano, à finalidade das normas em constatar fatos, mas essa seria apenas meio auxiliar para alcançar outras finalidades relacionadas à realização de direitos materiais. Ainda que se discuta a finalidade do processo visto em seu conjunto, seria muito provável que se encontre consenso em que a constatação de um conjunto de fatos serve à realização processual de pretensões. Dever-se-ia ter em conta não somente as intenções do legislador ao criar a norma processual, mas, também, aquelas finalidades, intenções e princípios jurídicos referentes ao direito material, o que proporcionaria uma redução das exigências de prova.

³³² Nesse ponto, coincidem com aquilo que foi apresentado nesse texto a respeito das presunções. Cf. §§10 e 11 acima.

³³³ Aqui o autor faz referência ao trabalho de Larenz para subsidiar sua interpretação teleológica da legislação. Walter, ob.cit., p. 182.

Essa leitura da maneira de se identificar critérios de suficiência inspirou leituras doutrinárias semelhantes em outros países de tradição continental. No Brasil, por exemplo, é possível verificar o posicionamento de Marinoni e Arenhardt, os quais também defendem um argumento no qual se identifica um alto grau de verossimilhança como critério fundamental dos julgamentos em matéria de fato. Eles defendem, ainda, uma redução de exigências como mecanismo de adequar as decisões às necessidades de cada espécie de direito material que necessitem desse mecanismo de proteção ao bem jurídico envolvido.³³⁴

A leitura desses doutrinadores brasileiros se desenvolve bem próxima dos argumentos de Walter, embora não façam remissão à compreensão específica de dispositivos da legislação nacional. A proposição dos referidos autores é desenvolvida a partir de uma noção bastante própria de convencimento judicial, para sustentar o módulo geral de prova em alto grau de confirmação (similar ao verossimilhança beirando a certeza), e a partir de consequências práticas do julgamento de alguns casos, nos quais identifica a necessidade de reduzir tais exigências. Os autores entendem que essa compreensão seria ideal ao direito brasileiro ao verificá-la no contexto das instituições nacionais e problemas tradicionalmente a ela dirigidos.

Em relação à questão do convencimento judicial, é bastante dúbia a construção de Marinoni e Arenhardt. Na mesma obra, os autores fazem considerações sobre um conceito de verdade de inspiração linguístico-pragmática como fundamento para sua teoria da prova. Esse conceito supõe, dentre tantos pressupostos, a possibilidade de formação de um discurso objetivo no qual sejam veiculadas e debatidas as diversas leituras que se faz sobre determinado fato com o objetivo de confutá-las para se alcançar uma conclusão legítima. Evidentemente essa premissa é incompatível com abordagens subjetivistas do conhecimento, as quais determinem qualquer espécie de convencimento como medida de decisão. Ao contrário, o que esse fundamento filosófico pretende, é viabilizar uma racionalidade através de procedimentos dialéticos, que sejam capazes de legitimar razões apresentadas pela impossibilidade de serem refutadas validamente.³³⁵

Entretanto, há certa ambiguidade ao se comparar a questão do papel do juiz nas decisões sobre fato com a objetividade do discurso requerida pelo pressuposto assumido. É que, ao se referir à convicção do juiz como medida da decisão, corre-se o risco de abrir espaço a argumentos indevidos, restritos a interpretações pessoais que não seriam coerentes

³³⁴ Marinoni e Arenhardt, *Prova*, p. 78-96; 204-216.

³³⁵ *Ibid.*, p. 25-50. Cf. ARENHARDT, Sérgio Cruz. A verdade substancial. *Gênesis – Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, n. 3, 1996.

com a noção de legitimidade assumida pelo processo judicial. Apesar de estarem longe de fazer apologia a uma cognição subjetiva, parecem desconsiderar mecanismos de valoração da prova que viabilizem a medição do grau de comprovação capaz de estabelecer uma escala, recorrendo ao convencimento do magistrado para tal avaliação.

“O juiz, ainda que não possa buscar, na perspectiva gnosiológica, a verdade dos fatos – até porque essa não pode sequer ser sua intenção –, evidentemente não pode abrir mão da necessidade de se convencer para julgar o mérito. Aliás, mesmo aqueles que desejam que o juiz dê ganho de causa à parte cujo direito parece mais verossímil, encontram um obstáculo insuperável na sustentação de uma teoria. É que não é possível medir, em termos matemáticos, a graduação de uma prova ou de um conjunto de provas, o que impediria a devida justificação da ‘verossimilhança preponderante’. É preciso que exista algo externo à prova para justificar a redução de sua exigência. De qualquer forma, não há como negar a obviedade de que o juiz, para julgar adequadamente, deve buscar se convencer da verdade. Ora, supor que o juiz, em regra, deve proferir a sentença com base na verossimilhança que preponderar é simplesmente imaginar que o juiz não precisa se convencer para julgar”.³³⁶

Nesse ponto, o convencimento refletiria a única medida adequada à decisão judicial em matéria de fato, a qual tornaria dificultosa a instituição de critérios de decisão que não fossem baseados nele. O papel do juiz, nesse particular, seria ligado à valoração da prova com o objetivo de verificar se está ou não convencido da versão apresentada. Daí porque somente se pode admitir uma redução sobre esse grau e não a instituição de critérios graduais a formar o convencimento.

Os autores reconhecem também as consequências negativas que esse modelo pode impactar diversos direitos, especialmente na sociedade de risco. Aceitando o paralelo feito por Walter com as presunções, identificam nelas instrumentos consagrados que viabilizam esse objetivo. Assim, entendem que a redução do grau de certeza exigido seria uma consequência da necessidade de proporcionar uma tutela jurisdicional efetiva de direitos.³³⁷

Assim, indicam diversos casos em que essa redução poderia ser verificada, como nas questões de prova da simulação dos negócios jurídicos. O art. 167, §1º do Código Civil indica espécies de simulação extremamente difíceis de comprovar. A comprovação desse assunto, em geral, somente poderia ser obtida pela redução de expectativas quanto a

³³⁶ Marinoni e Arenhardt, ob. cit., p. 90

³³⁷ Ibid., 204 et seq.

comprovação dos fatos. Daí porque o inciso I do referido artigo fala em aparências, deixando de lado a convicção para decidir.³³⁸

Diante das nefastas consequências que adviriam da manutenção dessa regra geral de convicção, impedindo a própria realização do direito material, essa regra de prova representaria uma necessidade para o processo contemporâneo, no sentido de torná-lo um instrumento de efetivação do direito material adequado às necessidades contemporâneas.

Essas impressões estão corretas em muitas dimensões e parecem ser compartilhadas em suas idéias gerais na maioria dos países de tradição continental, especialmente ao instituir altos requisitos para a comprovação de casos de natureza civil.³³⁹

Entretanto, é preciso notar que as descrições oferecidas pelas referidas obras não encerram a referência dos ordenamentos influenciados pelo direito continental a respeito desses critérios de suficiência. Há ainda normas diferentes das presunções em sentido estrito também servem como instrumento de alocação do risco nas decisões em matéria de fato, os quais devem ser consideradas como importantes remissões aos critérios de suficiência.

Há ferramentas legais que são chamadas de presunções, mas não operam como facilitador do caminho de comprovação entre fato base e fato presumido. Essas normas têm como única função estabelecer uma repartição do ônus da prova, sem que a parte favorecida precise levantar qualquer fato base ou indício. Resta exonerada da prova de qualquer fato relacionado com o presumido. Para isso, pode estabelecer uma regra de carga da prova que imponha sob uma das partes com a prova de um fato determinado (v.g. prova das causas de deserdação competirá aos herdeiros do testador, diante da negativa do testado); ou mesmo criar falsas presunções que não tem outra finalidade senão mascarar as regras sobre a carga da prova (presunção de boa-fé do possuidor: aquele que afirma sua má-fé deve provar; presunção de inocência do réu em processo penal: aquele que acusa é quem carrega o ônus da prova). São chamadas na doutrina espanhola de “presunções aparentes”.³⁴⁰

Esse tipo de presunção não apresenta caminho para comprovação nem impõem crença alguma sobre a substância do fato. Estipulam um critério dirigido ao elemento qualificador (Q) da discussão prática. O dever de aceitar a verdade processual não depende de qualquer condição, não depende da demonstração de nenhum fato base. Servem apenas para orientar, em alguma medida, quem tem o benefício da dúvida em determinadas questões.

³³⁸ Ibid., p. 215-216.

³³⁹ Cf. GIVERDON. The problem of proof in French civil law. *Tulane Law Review*, n. 31, 1956, p. 29 et seq.

³⁴⁰ Regla, ob. cit., p. 21

As presunções aparentes são os mecanismos legais mais próximos que os ordenamentos inspirados pelo modelo continental criaram em relação aos critérios de suficiência para lidar com os problemas da intensidade oferecida pelos meios de prova à decisão judicial. Com base nesses, sempre se tentou afirmar que determinados casos merecem uma comprovação cabal, acima do normal, para ensejarem determinadas consequências jurídicas. É exatamente isso que se verifica em relação à presunção de inocência quando relacionada à fórmula “*in dubio pro reo*”, ou quando são instituídas presunções de boa-fé, as quais estipulam patamar diferenciado para ser vencidas.

É basicamente uma presunção desse tipo que está contida no art. 6º, VIII do CDC, ao se dizer que basta ao consumidor provar com verossimilhança. Cria-se, em favor dele, uma presunção de boa-fé, fazendo com que apenas apresente alguns indícios de responsabilidade do fornecedor para ter reconhecida sua comprovação. Também poderia ser relacionada como exemplo a hipótese de presunção de veracidade dos atos dos servidores públicos, tal como o guarda de trânsito, que, por vezes, não tem elementos definitivos para comprovação das infrações que ainda assim se mantêm.

Ao fim e ao cabo, apesar de ocasionalmente serem discutidas nos termos acima apresentados, é fundamental destacar que essa discussão carece de maiores reflexões nos contextos dos ordenamentos dos países de tradição continental. Esse conceito não recebe um tratamento sistemático, sendo limitado apenas à discussão doutrinária que raramente vê sua repercussão nas decisões jurídicas tomadas na prática e, quando o são, não levam em conta estruturas teóricas adequadas, deixando de compreender efetivamente a importância dessa categoria para a legitimação desse tipo de decisão.

§19. *Fundamentação no direito material.* Dentre os fundamentos utilizados para justificar a fixação desses critérios de suficiência, o mais recorrente é, sem qualquer dúvida, aquele referente ao direito material. É fácil perceber que o motivo essencial para se aceitar a modificação do critério regular de intensidade da prova se deve às dificuldades apresentadas para demonstrar os requisitos de constituição da relação jurídica envolvida. Previstos ou não previstos na legislação, o argumento principal para fundamentar a dosagem da comprovação sempre se dirige ao direito material, indicando a proteção a determinado bem jurídico.³⁴¹

Toda a argumentação referente à distribuição dos riscos se baseia quase exclusivamente na proteção de determinados bens jurídicos, que não podem ser observados

³⁴¹ Mueller e Kirkpatrick, ob. cit., 678.

apenas em matéria processual. O que ocorre, na verdade, é uma reestruturação de instrumentos processuais para atender as necessidades comuns a diversas situações de direito material. O processo repercute a necessidade do objeto de sua tutela, tal qual pode ser percebido em qualquer discurso prático que exige ações condicionadas pelas situações em debate. As regras de direito processual se limitam a manter o equilíbrio anteriormente obtido no direito material, impedindo que a discussão crie, ao longo de sua extensão, outros tipos de iniquidades.

Há, portanto, certo grau de dependência entre a afirmação dos critérios de suficiência e o direito material tutelado, que acaba localizando sua previsão muito mais nas legislações materiais do que no próprio processo. Embora seja uma categoria conceitual que precise ser unificada pelo processo, como parte fundamental das decisões em matéria de fato, as quais se incluem na disciplina geral da prova e de seu ônus, as razões de distribuição do risco são encontradas, basicamente, na disciplina dos institutos de direito material. A tutela jurisdicional justa depende dessa interação, sendo este apenas mais um dos capítulos em que ocorre.

Uma questão importante é saber se há outros fundamentos que amparem a utilização dos critérios de suficiência diversos do direito material. A proteção do bem jurídico é, em princípio, a única justificativa plausível para a distribuição do risco de erro, as quais somente interagem com razões procedimentais para atender necessidades específicas ligadas aos seus procedimentos, sob a condição de não contrariar a distribuição do erro sustentada pelo direito material. Os casos das tutelas de urgência, previstos pela legislação processual, não são exceção a essa regra.

Ao estipular critérios de suficiência como *fumus boni juris* e *periculum in mora* (art. 800 do CPC), verossimilhança por meio de provas inequívocas e perigo de dano irreparável (art. 273 do CPC) sempre previstas por dispositivos dirigidos ao processo, como uma autorização para decidir ainda quando não se tenha estabelecido o procedimento em contraditório. A redução desse critério de suficiência e o estabelecimento de discussão que não observa os preceitos dialéticos integralmente se voltam ao objetivo de se ofertar uma tutela jurisdicional adequada algumas situações concretas em que a demora da discussão penaliza uma parte injustamente. Enquanto a instrução não se encerra, seja para conceder uma garantia à possibilidade de proteção do bem jurídico ou antecipar a concessão do bem jurídico em si, é necessário amortizar as consequências da demora proporcionado. Esse instituto, entretanto, não se afigura puramente processual.

Embora o mecanismo da tutela de urgência seja sempre previsto nas legislações processuais, os motivos de sua previsão atendem a necessidades comuns de diversos direitos materiais, as quais são reduzidas a uma única fórmula genérica. Entretanto, não é porque argumenta a urgência e apresenta os elementos disponíveis de comprovação que uma parte terá a possibilidade de obter uma tutela do direito material sem passar por toda discussão processual. Os requisitos para concessão da tutela de urgência devem sempre ser lidos a partir da consideração do risco nessas situações, sobre o qual o processo somente pode ajustar em face das discussões, mas jamais modificar tal como previstos no direito material.

Apesar de previstos de maneira uniforme no direito processual, os requisitos da urgência não podem ter um sentido semântico único, identificado na lei processual. O atendimento dos requisitos envolvidos sempre dependerá do direito material, sendo imprescindível que sejam lidos conjuntamente, permitindo que sejam apreciados quais os bens jurídicos em questão, e sobre quem deve recair, ao menos em princípio, os riscos da demora da decisão. As decisões têm de levar em conta os referidos critérios axiológicos para fundamentar a distribuição do ônus do tempo no processo. É assim que embora se autorize uma redução dos critérios de suficiência genericamente em relação aos níveis estipulados para a instrução completa atribuídos exclusivamente pelo direito material, somente se pode pensar em equilíbrio da discussão processual a partir da distribuição dos riscos pelas regras sobre os bens jurídicos envolvidos.

Isso fica claro ao se comparar, por exemplo, uma tutela antecipatória a requerida numa ação de indenização por danos materiais por violação contratual entre empresas e uma ação cominatória destinada a obter licença de exploração de determinado recurso natural negada por órgãos da administração por divergências quanto ao atendimento dos requisitos estipulados para sua concessão. É possível se argumentar que basta a verossimilhança das alegações e perigo de dano nos dois casos. Entretanto, esses conceitos não teriam o mesmo significado nas duas distintas situações, porque referentes requisitos de constituição do direito em cada uma delas.

No primeiro caso, considerando que o risco da decisão é dividido igualmente entre as partes pelo direito material, haverá um critério de decisão mais fácil de ser alcançado do que o segundo, no qual a comprovação não pode seguir a mesma orientação quanto aos riscos envolvidos diante das peculiaridades da matéria, levando a tutela de urgência a exigir do perigo de dano irreparável uma comprovação mais intensa do que a mera verossimilhança. Assim, seria impossível conceber uma concepção de tutela de urgência que seja integralmente dissociada dos critérios de suficiência do direito material.

Embora esse mecanismo dê ao processo a possibilidade de adiantar seu provimento e assim se dirigir a um dos principais problemas da atuação contemporânea do Judiciário, é fundamental que seja capaz de também, nessa oportunidade, distribuir corretamente os riscos do direito material, sob pena de criar uma situação para fraudar tal proteção sem justificativas válidas. Ainda que esses institutos sejam construídos como elementos processuais para viabilizar uma resposta rápida do processo, em termos de comprovação, precisam tomar como referência o direito material para calcularem o êxito da comprovação.

Tais elementos indicam que, ainda diante de requisitos estabelecidos por leis processuais, sua natureza deve observar o direito material. Daí a identificação que é habitualmente feita desse instituto com a cláusula do devido processo legal substancial. Situa-se no limiar das duas matérias as razões que determinam os critérios de suficiência.³⁴²

As tutelas de urgência parecem criar uma espécie de escala de comprovação paralela àquelas criadas pelo direito material, guardando, no entanto, a mesma proporção entre si. Trata-se de critérios de suficiência adaptados a uma instrução sumária, levando em conta as restrições de discussão e de meios de prova a serem produzidos de maneira pré-constituída. Exatamente por isso, somente podem ser justificadas essas decisões sumárias se amparadas sobre elementos que indiquem a urgência, sob pena de ilegitimidade da investigação por não observar seus pressupostos epistemológicos vinculados ao debate processual, contraditório, etc.³⁴³

A fundamentação no direito material dos critérios de suficiência também pode ser percebida na disciplina da pronúncia, no processo penal. Mesmo sendo um instituto criado para viabilizar o procedimento do júri, a partir de regras de natureza eminentemente processual, o direito material subjaz a essa construção ao se propor critérios de suficiência para essa decisão. A disciplina do art. 413 do Código de Processo Penal vigente dissocia os critérios de suficiência em dois distintos modelos: “convencimento” da existência do crime e “indícios” de autoria para subsidiar a decisão.³⁴⁴

³⁴² In re Gault, 387 U.S. 1 (1967).

³⁴³ Tanto isso é verdadeiro que as outras fórmulas de tutela antecipatória se restringem a situações em que a discussão processual não será agredida. Assim é no caso do pedido incontroverso ou do abuso do direito de defesa, os quais maculam justamente as regras epistemológicas referentes ao procedimento. O art. 273 trabalha apenas com justificativas de antecipação que se pretendem compatíveis com a dialética processual. Contra essas justificativas, por entender que ainda assim violam o ideal de cognição do processo judicial, cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 151-159.

³⁴⁴ São similares as disposições da fórmula atual constante do art. 413 e a do antigo art. 408, nesse particular, preservados os comentários e posicionamentos jurisprudenciais já escritos a respeito do tema.

A figura da pronúncia, apesar das formulações feitas a partir do aforismo *in dubio pro societate* para designar um critério de suficiência menos rigoroso à acusação a ser utilizado nessa hipótese, não há uma redistribuição dos riscos do erro nesse caso. Interagindo com as razões processuais, o critério de suficiência é diminuído apenas momentaneamente para preservar a competência do tribunal do júri para o julgamento de determinadas questões a ele submetidas. Da mesma forma que ocorre dentre as tutelas de urgência, o direito material continua a ditar a distribuição dos riscos em favor do réu e definir os critérios de suficiência. No entanto, por razões processuais vinculadas à forma de julgamento da questão, há uma diminuição específica e momentânea apenas para preservá-las.

O principal indicativo dessa questão é a duplicidade de critérios relacionados às matérias envolvidas na questão. Enquanto a existência do crime é submetida à prova além de qualquer dúvida razoável, conforme a distribuição ordenada pelo direito penal, a questão da autoria requer apenas “indícios” para identificar um juízo positivo. Eis a mesma estratégia utilizada nas questões de tutela de urgência, nas quais somente se pode diminuir os critérios de suficiência nas ocasiões em que for em imprescindíveis para a preservação da tutela jurisdicional adequada.³⁴⁵

Assim, é necessário reconhecer que não há critérios de suficiência que não sejam amparados por relações de direito material. Ocasionalmente, entretanto, a interação com razões processuais é imprescindível para dosar, por razões específicas, dificuldades ou garantias que uma tutela jurisdicional adequada impõe.

2.2 Critérios de suficiência para casos cíveis em países de tradição continental

§20. *Diferenças de percepção.* Diante da caracterização acima apresentada em relação aos critérios de suficiência padronizados para os casos cíveis, é preciso destacar que diferem em grande medida daquilo que se prevê nos países que os isolam e analisam há mais tempo. A análise desse ordenamento em especial aponta para uma estruturação diferente dos critérios de suficiência, que não impõem altos graus de confirmação para autorizar

³⁴⁵ A interpretação é secundada pelo STF ao afirmar que “[...] 2. O aforismo *in dubio pro societate* que - malgrado as críticas procedentes à sua consistência lógica, tem sido reputada adequada a exprimir a inexigibilidade de certeza da autoria do crime, para fundar a pronúncia -, jamais vigorou no tocante à existência do próprio crime, em relação a qual se reclama esteja o juiz convencido. 3. O convencimento do juiz, exigido na lei, não é obviamente a convicção íntima do jurado, que os princípios repeliriam, mas convencimento fundado na prova: donde, a exigência - que aí cobre tanto a da existência do crime, quanto da ocorrência de indícios de autoria, de que o juiz decline, na decisão, ‘os motivos do seu convencimento.’”(STF. HC 81646, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 04/06/2002, DJ 09-08-2002 PP-00084 EMENT VOL-02077-01 PP-00076 RTJ VOL-00191-01 PP-00218)

julgamentos como base normal para as decisões. É preciso analisar, com interesse, as características dessa solução e compará-la com as outras existentes para verificar as alternativas que essa concepção oferece para a regulamentação da decisão judicial

No direito estadunidense, a principal preocupação em estabelecer a suficiência da prova não advém de uma preocupação em fazer com que o juiz decida com base na verdade. A necessidade de disciplinar a matéria se refere diretamente a uma consideração enraizada de cognição baseada na probabilidade. Com isso, surge a necessidade premente de se estipular, a partir de qual grau de probabilidade, as decisões que podem ser tomadas.³⁴⁶

De certa forma, essa perspectiva foi historicamente afastada pelos países de tradição continental. A adesão à prova legal resultou numa forma de desconsideração da probabilidade nos julgamentos na medida em que estipulavam um único caminho seguro e inquestionável para alcançar a prova suficiente. A transição para o modelo da prova legal não seria capaz de buscar nada inferior a esse mesmo padrão de decisão, como justificativa para adotá-lo.³⁴⁷

É de se fazer referência ainda a outras formas culturalmente desenvolvidas sobre a verdade e seu valor social, tal como reconhecida nas diferentes orientações religiosas praticadas nos países que desenvolveram esses diferentes ordenamentos. Traçando-se um paralelo entre os procedimentos amparados em sociedades protestantes e católicas, como demonstrado no item 3 da primeira parte, é possível perceber culturalmente uma distinção que conduz a diferentes sentidos de legitimidade das decisões jurídicas nesses ordenamentos. Naquela oportunidade, foi possível perceber que tais heranças culturais influenciaram tanto na estrutura de julgamento, quanto nos procedimentos, intervenção das partes, consideração das provas, etc.³⁴⁸

Em face dessas circunstâncias, a construção americana sobre a comprovação dos fatos da causa acabou por ser centrada em níveis de probabilidade diferentes em casos nos quais essa necessidade era flagrante. Essa abordagem se desenvolveu de maneira bastante importante para aquele sistema jurídico. Identificando, de maneira intuitiva, que os direitos que buscam efetivação através do processo têm como objetivo bens jurídicos de importância

³⁴⁶ Não é objetivo desse trabalho perquirir sobre a construção histórica dos sistemas de prova. Para uma versão sobre a aproximação da concepção inglesa de probabilidade e seus reflexos no direito probatório, fundamental a consulta ao livro de Barbara Shapiro destinado a explorar as ligações estabelecidas com a doutrina da probabilidade desde o século XVIII. Cf. SHAPIRO, Barbara J. *"Beyond reasonable doubt" and "probable cause": historical perspectives in anglo-american law of evidence*. Berkley: University of California Press, 1991, p. 1-41.

³⁴⁷ MONTELEONE, Girolamo. Alle origini del principio del libero convincimento del giudice. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, v. LXIII, n.2, 2008, p. 123-132.

³⁴⁸ Cf. §38, Item 3, Parte I.

diferente, sendo imprescindível evitar alguns tipos de erro, como a condenação do inocente, enquanto casos como uma mera indenização, não permitiriam essa distinção.

Observando os casos submetidos à decisão jurídica, foi possível perceber uma diferenciação entre diversos tipos de critérios de suficiência com o objetivo de adequar os julgamentos a cada situação. Ao estabelecer, isolar e aplicar tais critérios a partir do direito material, o processo judicial traça uma estratégia de minimização dos erros em todos os casos ao invés de se pautar na necessidade de verdade para cada decisão. Não atrelado a um conceito considerado pueril de verdade das decisões, centra no tipo de comprovação que podem obter. É, a partir dessa perspectiva, que indicam o conceito de prova preponderante como central para a doutrina.³⁴⁹

A prova preponderante seria o grau mínimo da comprovação que seria aceito como fundamentação da decisão. Esse conceito é normalmente descrito pela frase “mais provável do que improvável” (da expressão inglesa “*more likely than not*”). Com isso se quer afirmar que, diante de uma comprovação que torne determinada versão mais aceita do que suas concorrentes, já é possível decidir em favor nos casos em que não se possa diferenciar a proteção conferida às partes antagônicas e aos bens jurídicos que estão em jogo. Seria o ponto ótimo de decisão para os casos em que o custo do erro da decisão sobre fatos é equivalente entre os litigantes.

Não se trata de afirmar o processo como um jogo sobre quem tem a melhor prova. As decisões não são pautadas apenas naquilo que é produzido pelas partes, mas também numa noção do que é necessário para comprovar o fato que está sendo debatido. É preciso que as versões apresentadas atinjam um certo grau de probabilidade, a partir da qual seja considerada não apenas possível, mas também provável. As versões precisam ser não apenas melhores do que as adversárias, precisam também trazer consigo uma confirmação superior a 50% (cinquenta por cento) em relação aos elementos de prova disponíveis.³⁵⁰

Esse parâmetro é bem sucedido em explicar diversos casos de natureza civil, nos quais as partes e os bens jurídicos em questão são igualmente protegidos, de modo que o erro em favor do réu não poderia ser identificado como mais desejável ou menos desejável do que aquele em favor do autor. Considerando os bens jurídicos envolvidos, a violação imputada ao réu não pode ser mais protegida do que a procedência do pedido do autor. Assim, não seria possível argumentar que o autor tem de comprovar, em alto grau, sua

³⁴⁹ Clermont e Sherwin, ob. cit., p. 251-253.

³⁵⁰ Novamente se ressalta que a utilização de percentuais é meramente ilustrativa.

versão de fato: bastaria que sua versão fosse mais provável que improvável e mais autorizada do que a do réu.³⁵¹

A utilização desse critério torna possível manter em patamar mínimo a quantidade de erros cometidos. Ao decidir de acordo com probabilidades preponderantes, o risco de erro no processo reflete o mesmo nível em que se encontram as proteções destinadas aos bens jurídicos. Considerando que a grande maioria das situações jurídicas tradicionalmente verificadas, referentes à tutela de relações privadas entre cidadãos que merecem igual consideração e bens jurídicos valiosos na mesma medida para ambos, essa experiência jurídica finca nesses exemplos o seu standard principal, exigindo que situações específicas aumentem tais exigências. Bem diferente, portanto, da solução dos países de tradição civilista cuja estrutura foi exposta acima.³⁵²

Os critérios de suficiência estão presentes em ambos os regimes legais, sendo certo que se trata de um imperativo das discussões práticas.³⁵³ Entretanto, as diferenças constatadas entre eles são bastante significativas. Qual o motivo? Por que o regime continental exige uma comprovação de alto grau de probabilidade enquanto o regime anglo-americano se contenta com uma comprovação preponderante? Quais as consequências dessa distinção para cada uma das experiências jurídicas? É preciso debater profundamente essas

³⁵¹ “In civil actions, unlike criminal actions, there is no particular reason to disadvantage one party substantially. We are interested in finality and dispatch, but, given whatever sacrifices are necessary to achieve that, we want to find facts correctly as often as possible. And that means that there is no particular reason to disadvantage either the plaintiffs or defendants in the placing of the risk of non persuasion. We cannot say, as we do in criminal cases, that saving one innocent defendant is worth absolving x number of guilty ones.” WINTER JR, Ralph. The jury and the risk of nonpersuasion. *Law and Society Review*, n. 5, 1971, p. 337.

³⁵² Observe-se que até o presente não foram relacionadas razões referentes a estrutura procedimental para justificar as diferenças quanto a consideração dos critérios de suficiência. É claro que a instituição do júri, de alcance muito maior na experiência anglo-americana, é relevante na utilização desse expediente para orientação dos jurados quando da decisão. Mas isso nem de longe significa que as razões de utilização de tais instrumentos se limitem às decisões proferidas por esse colegiado. A instituição do júri pode ser um dos fatores a sedimentar o uso dos critérios de suficiência naquela experiência jurídica, mas nem de longe pode ser considerado o único: “The modern institution of the civil jury appears to have been especially effective in catalyzing the common law’s progress towards probabilistic standard of proof. At least the correlation between the existence of the jury and the development of the preponderance standard seem perfect. Beyond correlation, it is probable that because the jury’s need of judicial instruction, the common law had to acknowledge the role of uncertainty in decisionmaking – while the civil law could sweep such matters under the rug and so freeze in time underdeveloped notions of probability. To the extent the civil jury acted as proximate cause of the preponderance standard, the jury has worked yet another of its benefits, helping not only to induce optimal standard but also to force more honesty about the probabilistic nature of decision making.” Cf. Clermont e Sherwin, *ob. cit.*, p. 257-258. Se é possível afirmar alguma diferença relevante entre a estrutura do processo em cada experiência jurídica essa favorece o uso dos critérios de suficiência nos direitos de inspiração continental. É que as decisões proferidas pelo júri não são por qualquer modo justificadas, se servindo dos critérios de suficiência sem reconhecer-lhe seu principal atributo referente a legitimação das decisões pela argumentação racional em matéria de fato.

³⁵³ Taruffo, Michele. Rethinking the standards of proof. *American Journal of Comparative Law*, n. 51, 2003, p.659-677.

questões e comparar as justificativas de cada abordagem para alcançar a alternativa mais legítima para legitimação da decisão em matéria de fato.

§21. *Apologia normativa à noção de prova preponderante.* É imperativo reconhecer que o critério de suficiência selecionado pela tradição continental como normal para a mecânica do processo encontra muitas dificuldades em ser reconhecido como válido, principalmente ao se levar em consideração a razão fundamental pela qual são instituídos e a função que desempenha na argumentação em matéria de fato. Tudo o que se apresentou na segunda parte desse trabalho afirma que os critérios de suficiência são uma espécie de transposição dos riscos de erro na comprovação dos fatos para o processo, que seguem de perto a proteção atribuída a determinado bem jurídico pelo direito material. Diante disso, não há argumentos que sustentem a manutenção de um critério de suficiência tão alto para casos nos quais os bens jurídicos exigem igual consideração do ordenamento, apresentando um problema para o qual essa formulação não tem boas respostas.

Num exercício para tentar verificar motivos poderiam subsidiar altos critérios de suficiência como base fundamental para as decisões dessa natureza, não parece haver razões satisfatórias que amparem essa alternativa, sejam vinculadas ao debate processual em si ou relacionadas aos direitos materiais a que visam promover.

Um dos argumentos mais importantes que poderiam ser levantados em favor da utilização genérica de um critério de suficiência elevado faz menção aos objetivos do processo em relação as decisões em matéria de fato, estabelecendo que devem sempre buscar a verdade de modo a legitimar tais decisões. Dificilmente seria possível negar que esse é um dos objetivos mais claros do processo judicial, ao tentar proporcionar uma aplicação racional da lei mediante processo que seja capaz de ser sustentado em face de análises críticas de maneira coerente. Independentemente do direito material que disciplina, sejam referentes a resolução de conflitos entre indivíduos ou na promoção de valores de interesse da coletividade, o processo busca sempre se basear em proposições de fato verdadeiras, desfazendo a antiga confusão quanto aos objetivos materializada na dicotomia verdade formal – verdade material.³⁵⁴

É justamente diante desse objetivo que se consolidaram algumas tendências no processo judicial contemporâneo. Não somente as partes são incentivadas a apresentar respaldo a suas versões, como também os juízes passam a gozar de poderes probatórios no

³⁵⁴ Sobre os objetivos do processo nesse particular, cf. Dinamarco, *Instrumentalidade*. Sobre a distinção verdade formal – verdade material, cf. §11, item 2.2, Parte I.

intuito de alcançar uma decisão fundamentada. Somente diante de um quadro de provas amplamente respaldado e uma instrução eficiente seria possível declarar alcançados os objetivos do processo, havendo relativo consenso a respeito desse assunto em qualquer ordenamento jurídico independentemente da tradição a qual se vincula.

Diante de tal argumento, poder-se-ia óbvia a necessidade de estipular um critério de suficiência alto como base para as decisões em matéria de fato, pois todos os processos devem buscar a verdade para alcançar a legitimidade. A requisição de um alto grau de suficiência da prova teria a intenção de refletir essa busca por decisões verdadeiras. Ocorre que, como já foi dito anteriormente, não convém confundir o objetivo do processo com os critérios de suficiência.³⁵⁵

Ter a verdade como um objetivo da investigação e utilizá-la como critério de suficiência para todos os casos é um perigoso erro, que impede a tutela jurisdicional de alcançar decisões legítimas. Afirmar a verdade como único critério de julgamento deveria significar a exigência permanente da possibilidade de levantar elementos capazes de afastar todas as dúvidas eventualmente presentes quando da decisão jurídica. Isso é virtualmente impossível para os processos judiciais contemporâneos, especialmente diante das tantas possibilidades de confirmações que se oferecem pela ciência capazes de suscitar dúvidas em diversos aspectos relacionados à conclusão obtida.

Esse trabalho se reportou aos fundamentos epistemológicos do conhecimento justamente para evitar esse argumento que ingenuamente propõe que a verdade é o único padrão aceitável. Diante da natureza da comprovação ser sempre amparada em “probabilidades”, aqui utilizada no sentido mais amplo possível para designar apenas as dificuldades de estabelecer juízos fáticos definitivos, seja qual for a matriz epistemológica utilizada, é imprescindível que a decisão lance mão de critérios de suficiência de natureza axiológica. Se a decisão sobre fatos opera apenas mediante graus de comprovação, a verdade seria um grau máximo, difícil de ser atingido em muitos casos e com efeitos práticos que em nada proporcionam os objetivos do processo.

Considerando essas premissas, o efeito prático da utilização de critérios de suficiência elevados como base para julgamentos cíveis, como ocorre dentre os países de tradição continental, não é uma decisão que prima por seu conteúdo de verdade. Ao contrário, essa regra cria uma diferença injustificável entre os litigantes, baseada apenas na posição processual. A parte ré gozará sempre de uma grande vantagem, pois apesar de ter de

³⁵⁵ Cf. §32, item 3.1, Parte I.

recair sobre si o ônus a respeito dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, somente passam a incidir após o autor comprovar de maneira bastante completa aqueles que constituem seu direito.

As decisões, sob esse exigente requisito, tendem a desprezar comprovações prováveis em nome da necessidade de alcançar a “verossimilhança beirando a certeza”. Mas não há lógica em sustentar esse posicionamento quando se considera que julgar improcedente uma ação com base em percepção equivocada dos fatos envolvidos constitui um erro tão grave quanto julgar improcedente a mesma ação diante dos mesmos erros. Daí porque não há outra estratégia possível senão minimizar os possíveis erros do processo judicial, estabelecendo que a comprovação pode se dar em termos de probabilidade preponderante.

Num caso civil comum em que João requer indenização de Pedro por ilícito que lhe causou danos, não é possível requerer do primeiro que comprove, em alta medida, a caracterização da responsabilidade para garantir-lhe aquilo que requer. Se fosse assim, em todos os processos, o réu teria mais garantias que o autor, sem que houvesse justificativa plausível para isso.³⁵⁶

Não há absolutamente nenhuma proteção aos objetivos do processo nessa situação. Não se está promovendo a verdade, mas negando a possibilidade que se tem para se aproximar dela. Comprovações que indicam uma probabilidade segura em favor de uma versão não pode ser desprezada sob pena de afastar a versão mais respaldada disponível. Defender a probabilidade preponderante, dessa perspectiva, é que significa defender os objetivos do processo em termos de legitimação.

Em relação ao direito material, essa formulação básica dos critérios de suficiência ensejaria uma hostilidade geral em relação àqueles que propõem as ações, privilegiando a manutenção das coisas como estão, independentemente de seu respaldo no direito ou não. A propositura da ação poderia, até mesmo, determinar a sorte do direito debatido nessas condições, já que, em muitos casos, tanto uma parte quanto a outra podem ir a juízo em relação ao mesmo assunto. Parece meridianamente claro que qualquer ordenamento jurídico moderno que trate com igualdade seus cidadãos, seja qual for sua

³⁵⁶ Para outro exemplo, consultar Parte I, §35. Com relação a formulação do critério básico, importante conferir o trabalho de Clermont: “[...] the practical effect of the high civil law standard of proof will enjoy a huge advantage. The result is an uncertain case will be a decision for the party favored by burden of proof rules, rather than a decision for the party whose claim is most probably true. Wrongly rejecting claims is just as much an error as wrongly sustaining them. The error minimizing preponderance standard better serves truth. Thus, the high civil standard represents another sacrifice of the truth, but this time without facilitating dispute resolution. CLERMONT, Kevin M. Standards of proof in Japan and United States. *Cornell International Law Journal*. n. 37, 2004, p. 278

origem, orientação e sistema processual deve ser indiferente entre quem propõe e quem contesta uma ação. Daí porque não se acredita nas explicações que centram tais diferenças nas peculiaridades de cada sistema jurídico, sendo possível uma aproximação entre as soluções propostas por comparação.³⁵⁷

Diante disso, não é possível argumentar que se equivalem às soluções propostas, diante das reduções oferecidas nos ordenamentos continentais para efetivar distribuições específicas do direito material. Além das discussões sobre os critérios de suficiência dos juízos de fato serem praticamente inexistentes e impedirem um debate aberto sobre as soluções disponíveis para comparar com outras, a idéia básica é francamente injustificável para a grande maioria dos casos e não promove qualquer objetivo do processo ou do direito material. Os mecanismos são quase instintivamente similares, mas a regra geral tem termos de comparação diante do direito material e precisa ser debatida diante dessas fundadas suspeitas de impacto negativo para a orientação dos juízos de fato nos processos judiciais.

Argumentos de explicação histórica ou referentes a previsões legais indiretas nos ordenamentos jurídicos não podem ser suficientes para impedir essa discussão. Há explicações para se ter chegado até o presente com tantas divergências, mas, em análise mais detida, não são encontradas razões para que as soluções não sejam confrontadas. Se o argumento de Walter, Marinoni e Arenhart, ancorado na indistinção entre objetivo da investigação e critérios de suficiência, é o único apresentado para sustentar o alto critério de suficiência, não há mais razões para manter a situação como se encontra. A diferença é explicável, mas não justificável.

A busca por legitimidade não pode ser conduzida apenas com base num sentimento de justiça, que exige a verdade como alicerce de qualquer construção. O direito precisa buscar, nas novas idéias que são sempre lembradas, mas nem sempre integralmente compreendidas, a coerência necessária para se desenvolver em direção à aceitabilidade de suas construções. É mais do que banal a assertiva de que não há verdades absolutas, de que a investigação dos fatos trabalha sempre com probabilidades, que o convencimento subjetivo do juiz não deve determinar o que restou provado e que as decisões somente alcançam

³⁵⁷ “[...] there is no general reason to prefer one side of civil litigation to the other. In criminal cases, a high standard of proof reflects the view that punishment of an innocent defendant is a heavy cost, one that outweighs the cost of letting some guilty defendants go free. But in civil cases, as already explained, harm to one party is as weighty as harm to the other whether the harm takes from the liability inflicted or injury unredressed. Disruption of the status quo provides at best a weak justification for prejudicing plaintiffs. Indeed, because identifying the status quo is notoriously difficult, that justification is almost weightless. [...] In brief, it appears that any society should be generally indifferent between plaintiffs and defendants in civil cases. It is thus hard to believe that civil law societies, otherwise so similar to common law societies, would reach a different general conclusion about the relative reits of plaintiffs and defendants.” Ibid, 279-280.

“verdades relativas”. Ainda assim, entretanto, as decisões parecem não levar a sério esses pressupostos tantas vezes reiterados ao não estipular claramente os critérios de suficiência como categoria importante das conclusões judiciais em matéria de fato.

A legitimidade não pode ser limitada aos sentimentos de aceitação geral, restrita ao seu aspecto sociológico. É preciso que se pense em legitimidade a partir de uma perspectiva normativa, que leve em consideração a racionalidade daquilo que é proposto em relação aos pressupostos assumidos. Se na sociedade moderna não há legitimidade sem racionalidade, não se pode limitar as construções jurídicas apenas em sentimentos irrefletidos de justiça.

Com isso, a opção por uma abordagem que tenha em perspectiva a necessidade de minimizar erros ao considerar os limites da investigação judicial atende mais adequadamente às necessidades do processo contemporâneo, refletindo de modo consciente, as premissas de seu próprio tempo. A partir dessa nova leitura das decisões em matéria de fato, e aqui sim, resultados desejados por todos serão alcançados, determinando aquilo que é provável e proporciona tratamento mais igual entre as partes ao requererem a efetivação de seus direitos. Não se trata de distinguir entre valores assumidos por uma ou outra tradição jurídica, mas de compreender que não há motivos para praticá-los de forma distinta em relação ao direito processual.

Essa modificação pode ser bastante difícil de empreender por se colocar contra algo tão enraizado na cultura de legitimidade jurídica desses países e contra práticas tradicionais do processo judicial ao direcionar a juízes incentivos distintos aos que são normalmente acostumados. Firmar critérios de suficiência altos para julgamentos básicos confere aos juízes certo conforto para agir, na medida em que, diante de comprovações robustas teria pouco a argumentar além daquilo que resta consignado nos autos. Em contrapartida, diante do critério da preponderância das provas, aumenta a necessidade de justificar detalhadamente a decisão quanto aos elementos de prova presentes nos autos em relação a um conjunto probatório ideal para alcançar a verdade sobre a mesma situação.

A necessidade maior de justificação quebra uma zona de conforto para os julgadores na decisão, pois, com essa leitura dos argumentos, cresce sua responsabilidade pela decisão ao reconhecer que as situações não são tão evidentes. Isso é desejável e salutar por trazer ao processo a noção de que, mesmo em relação aos fatos, o julgador não se limita os reconhecer. Precisa reconstruí-los pelo argumento, atribuindo peso a cada um dos elementos de prova e afirmando o porquê de identificá-lo como suficiente em face da distribuição do risco percebida na regulamentação do direito material.

Para os juristas da tradição continental, assim, é fundamental a comparação dos critérios de suficiência para programar uma releitura de seus argumentos básicos. É preciso reconhecer que a decisão judicial em matéria de prova envolve mais do que a descoberta da verdade, mais do que o convencimento que é capaz de provocar. Envolve estratégias que propiciam igualdade de oportunidades, justificação das decisões e importante aporte ligação entre o processo judicial e o direito material.

A legitimidade das decisões judiciais, dessa maneira, explorada além da tradição e das práticas enraizadas com base numa crítica detida sobre como o conhecimento, torna possível uma releitura dos fatores determinantes de sua decisão, autoriza vislumbrar novos rumos que o processo deveria perseguir em busca de uma maior racionalidade na construção de seus institutos. Se essa perspectiva se mostrar válida, poucas razões sobrarão para não se adotar o critério de prova preponderante para o direito brasileiro, uma vez que suas características casam perfeitamente com aquelas dogmaticamente verificadas. Não foi possível vislumbrar qualquer razão que suporte a racionalidade contrária.

§22. Um critério de suficiência para as relações civis no direito brasileiro. A defesa da adoção do critério de prova preponderante no direito brasileiro, tal como apresentada até agora, não se baseia primordialmente em argumentos da dogmática jurídica diante da inexistência de abordagem direta sobre esses critérios na legislação brasileira. Sua defesa não foi articulada em termos de constatação, mas em termos do que deve ser dados determinados pressupostos assumidos com base numa análise crítica do juízo de fato, contra os quais a doutrina brasileira nada teria a opor de modo geral. Essa proposta foge um pouco da argumentação jurídica tradicional, mas, nem por isso, deve ser desprezada.

As razões normativas levantadas, entretanto, são integralmente compatíveis por qualquer descrição que se faça do ordenamento jurídico brasileiro em relação às questões cíveis patrimoniais de um modo geral. Evidentemente, diante de uma situação em que dois cidadãos estejam diante de um bem jurídico do qual não se possa preferir justificar diferença de tratamento entre um e outro, não podem ser beneficiados por critérios de suficiência que facilitem a comprovação de suas versões dos fatos. Devem concorrer com igualdade de chances de comprovação, sem que se imponha o ônus da prova de maneira mais pesada e sem motivos sob uma das partes.

Tal critério de suficiência nada mais é do que reflexo de igualdade que permeia esse tipo de relações não apenas garantida constitucionalmente (CF, art. 5º, II) como pressuposta por relações desse tipo, não sendo viável atentar contra suas expressões mais

claras. Grande número das relações cíveis detém essa característica, a qual cuida da parte do direito mais tradicional, amparado pela idéia básica de que todos são rigorosamente iguais perante a lei, mesmo em relação ao reconhecimento das comprovações apresentadas em seu favor. A expressão dessa igualdade é repassada integralmente para a relação jurídica processual, refletindo em todos os seus desdobramentos.

A noção de igualdade que permeia essas relações jurídicas reflete um cálculo de risco fundamental para a preservação de seu significado. Devem ser igualmente distribuídas as possibilidades de comprovação entre as partes que buscam sua satisfação, exatamente porque não há motivos para proteger uma em relação a outra. Qualquer questão referente a contratos entre cidadãos comuns está submetida a essa regra, em tese, impedindo que os riscos sejam disciplinados de outra forma. Se o direito se organiza da mesma maneira dentre as relações jurídicas do mesmo grupo, não há razão tampouco para modificar a distribuição do risco ente os litigantes.

Assim, as relações cíveis tradicionalmente identificadas pelo conceito formal de igualdade repassam ao processo a mesma forma de repartição dos riscos de comprovação. Diante disso, uma vez que é a repartição dos riscos que determina os critérios de suficiência, resta inviabilizada a utilização de outra fórmula diferente dessa. A expressão do direito material é que determina o critério de suficiência, não razões de ordem processual, conforme sustentado acima.

Da mesma forma que esse conceito de igualdade impõe ao processo determinado critério de suficiência, como é bastante sedimentado no discurso jurídico corrente, há muitas outras relações jurídicas que não compartilham da mesma característica, especialmente quando se considera as relações sociais contemporâneas.

Diversas relações jurídicas precisam atribuir a proteção de bens jurídicos envolvidos uma noção diferente de risco para impedir que sejam atingidos por erro na mesma proporção que corretamente defendidos. A importância conferida a tais bens jurídicos impede que essa proporção seja equivalente. Nesses casos, é necessário criar mecanismos que impeçam a exposição das decisões a uma margem de erro incompatível com os custos que a sociedade aceita pagar em relação a ele. Para proporcionar esse controle, outros critérios de suficiência são necessários de modo a dosar quais os termos em que essa decisão pode ser tomada.

O mecanismo de dosagem varia também conforme a importância que se atribui a cada bem jurídico. Se as garantias individuais do acusado no processo penal são admitidas como muito mais valiosas do que o risco de condenação equivocada, os critérios de

suficiência poderão estipular altos graus de comprovação para que tal decisão possa ser tomada. Situações ainda diferentes são verificadas em outros bens jurídicos importantes que se encontram uma divisão de risco que não é tão extrema quanto proposta na relação civil comum ou na relação penal. Situações como a terminação de direitos parentais em relação a menor, por exemplo, devem desafiar esse tipo de critério de suficiência intermediário em favor do interesse do menor em contar com os pais, desafiando um critério mais alto do que a preponderância para que seja decretada a terminação.

A seguir, são abordados os diferentes critérios de suficiência tradicionalmente propostos para lidar com os diferentes graus de risco percebidos nas relações jurídicas de forma que possam ser proveitosamente transpostos para a reflexão processual em matéria de provas.

2.3 Os diferentes critérios de suficiência

§23. Dificuldade na definição e diferenciação dos critérios de suficiência. A proteção que o direito destina aos diferentes bens em seu raio de ação indica a multiplicidade de soluções pensadas para cumprir com o papel social que lhe é designado. Essa proteção não se limita necessariamente a modelos pré-estabelecidos. As necessidades sociais é que regem sua configuração conforme o impacto que cada solução causa no complexo mundo da vida.

A partir da identificação de cada relação jurídica, caracterizadas por nuances nem sempre facilmente percebidas, os objetivos das normas que as instituem embasam a discussão sobre quais critérios de suficiência devem ser utilizados em cada caso. Essa relação entre critérios de suficiência e direito material já foi suficientemente ressaltada nas linhas acima. Quanto maior a proteção destinada a um bem jurídico, maior será, também, a proteção destinada pelo critério de suficiência.

Diferentes categorias de risco desafiam graus de comprovação compatíveis, impactando diretamente nos critérios de suficiência. Assim, diversas estratégias de organização desses institutos são construídas para repassar a tutela diferenciada também à investigação judicial. Considerado o critério de preponderância defendido acima como normativamente mais adequado ao direito, a proposta mais consistente que vem sendo praticada nesses termos destaca outros graus de convencimento mais exigentes com o intuito de que as dúvidas sobre querelas que envolvem os bens jurídicos mais valiosos não os arrisquem facilmente.

Na tradição anglo-americana, traça-se um paralelo entre os critérios de suficiência e expressões práticas de avaliação da comprovação, formando uma escala para possibilitar a dosagem de maneira compatível com o raciocínio comum em relação a comprovação dos fatos. Com isso, expressões como maior probabilidade de uma versão sobre outras, alta probabilidade de que uma versão seja verdadeira, ou virtual impossibilidade dos acontecimentos contradizerem as versões ganham paralelos no direito para designar o grau de comprovação que devem alcançar, em certos casos, para permitir que as partes se desincumbam da prova ao tratarem especificamente de determinadas situações.³⁵⁸ Trata-se de mais uma forma de tutelar o risco em relação ao juízo de fato adequado às circunstâncias da prova livre.

Apesar da solução estar mais próxima do uso prático dos argumentos de fato ao alcance de todos pelo uso comum, nem sempre, essas expressões têm um conteúdo semanticamente preciso. É bastante comum que tais fórmulas sejam criticadas por sua ambiguidade e compreensão subjetivista quando de sua aplicação. Pesquisas mostram, que mesmo nos países onde são discutidos, há muito, essas fórmulas ensejam confusão seja dentre os juízes ou quando de sua explicação ao júri.³⁵⁹

Não são poucas as tentativas de atribuir a esse tipo de fórmula uma roupagem totalmente quantitativa. A partir de estudos sobre a teoria da probabilidade, estatísticas eram utilizadas para oferecer respaldo referentes tanto a valoração das provas quanto aos critérios de decisão. Assim como o conhecimento baseado nesses termos encontrou inúmeras dificuldades para prosperar, tampouco os conteúdos quantitativos reservados aos critérios de suficiência tiveram sucesso. Essa fórmula de estipulação dos critérios de suficiência somente funciona se forem admitidos os questionáveis pressupostos epistemológicos dessa construção. Daí porque, dificilmente, tal abordagem resolve o problema.³⁶⁰

É bem mais comum que o conteúdo dessas expressões seja considerado apenas como espécie de parâmetro aberto, a ser definido não apenas por conceitos abstratos, mas também, por seu uso comparativo. Isso não significa que os critérios de suficiência sejam

³⁵⁸ MACBAINE. Burden of proof: degree of belief. *California Law Review*, n. 32, 1944, p. 247 APUD. MACCULIFF, C. M. A. Burden of proof: degrees of beliefs, quanta of evidence or constitutional guarantees. *Vanderbilt Law Review*, n. 35, 1982, p. 1297.

³⁵⁹ Ao discorrer sobre os conceitos de causa provável e suspeita razoável, não se chega a critérios fechados sobre sua significação. Cf. MacCuliff, ob. cit., p. 1303 e seguintes.

³⁶⁰ Essa perspectiva é apresentada extensamente por Ball, num trabalho inteiramente inspirado e vinculado a idéias epistemológicas positivistas, o qual falha em discutir as críticas a essa racionalidade e os problemas em determinar o conteúdo das provas dessa maneira. BALL, V.C. The moment of truth: probability theory and standards of proof. *Essays on procedure and evidence*. Thomas G. Roedy Jr. & Robert N. Covington Ed., 1961, p. 84-107.

incapazes de desempenhar suas funções de representação dos riscos envolvidos, ao viabilizarem “uma tentativa de instruir o julgador com relação ao grau de confiança que nossa sociedade crê que ele deveria utilizar nas suas conclusões factuais para um tipo particular de julgamento.”³⁶¹ Ao se reconhecer os diferentes tipos de relações de risco absorvidas pelo direito, essa consideração, ainda que imprecisa, deve ser refletida diante da comprovação de versões sobre fatos nos diferentes graus que se apresenta.

Apesar da dificuldade em medir a intensidade das comprovações, isso não seria justificativa para vedar a utilização dos parâmetros criados. Ante todos os pontos de partida apresentados, não se admite tais critérios sejam considerados inviáveis. Cumpre aprofundar as noções envolvidas nessas fórmulas imprecisas, para que sejam capazes de orientar os julgamentos e cumprir com o papel imprescindível com o qual cumprem em decisões práticas e quanto a proteção do direito material.

Admitir a dificuldade de conceituação, por outro lado, é muito diferente do que admitir a impossibilidade de distinguir entre diferentes critérios. É exatamente esse o argumento do Juiz Brennan, da Suprema Corte do Estados Unidos, ao refutar sugestões nesse sentido de um tribunal de Nova York, o qual afirmara ser tênue a diferença entre o critério de preponderância de provas e aquele além da dúvida razoável. Mesmo reconhecendo que o critério da preponderância de provas é suscetível a dificuldades interpretativas, não aceita como persuasivo o argumento que a diferença entre ambos é tênue ao evocar a habilidade comum de serem percebidos naquela cultura jurídica.³⁶²

É assim que o tema da definição de cada critério proposto e diferenciação em relação aos outros ganha relevância. Pensando ter abordado o suficiente do critério de prova preponderante em relação a sua definição, passa-se a análise de sua comparação com outros requisitos tradicionalmente identificados como critérios de suficiência. A idéia é dar uma idéia geral sobre como esses conceitos vêm sendo desenvolvidos nos países que tratam desses institutos há mais tempo para proporcionar uma comparação com outras formulações dos critérios de suficiência.

³⁶¹ Knijnik, ob. cit., p. 33

³⁶² U.S. Supreme Court Justice Brennan, no citado caso *In Re Winship*: “Finally, we reject the Court of Appeals’ suggestion that there is, in any event, only a ‘tenuous difference’ between the reasonable-doubt and preponderance standards. The suggestion is singularly unpersuasive. In this very case, the trial judge’s ability to distinguish between the two standards enabled him to make a finding of guilt that he conceded he might not have made under the standard of proof beyond a reasonable doubt. Indeed, the trial judge’s action evidences the accuracy of the observation of commentators that ‘the preponderance test is susceptible to the misinterpretation that it calls on the trier of fact merely to perform an abstract weighing of the evidence in order to determine which side has produced the greater quantum, without regard to its effect in convincing his mind of the truth of the proposition asserted.’”

§24. “Prova clara e convincente” e “Prova além da dúvida razoável”. A utilização dos critérios de suficiência é quase sempre pautada na diferenciação entre três diferentes tipos, que formam uma escala progressiva de requisitos para comprovação.

O critério-base seria identificado na noção de prova preponderante, o qual indicaria um grau mínimo de verificação de uma versão dos fatos em relação não apenas a comprovação ideal sobre uma ocorrência como também em relação às versões concorrentes. Pensa-se que as linhas gerais desse critério já foram apresentadas nos itens anteriores, não sendo necessário repetir suas mesmas características voltadas à preservação da igualdade e simetria entre os litigantes. Entretanto, é preciso notar que nem todas as situações jurídicas podem ser corretamente submetidas a esse critério sem prejuízo da proteção que merecem a partir da distribuição dos riscos dos erros de fato nas decisões judiciais.³⁶³

Também foi algumas vezes ressaltada, ao longo do texto, a antiga diferença reconhecida em relação aos critérios de suficiência destinados aos processos penais, em que se reconhece a preferência pela absolvição de vários culpados do que a condenação de um único inocente. Esse juízo de valor, cristalizado em diversos adágios reconhecidos juridicamente como “*in dubio pro reo*”, verdade real ou prova além da dúvida razoável, demarcam o extremo oposto da definição anterior, porque exigem uma comprovação máxima possível em cada caso, como também em relação às versões apresentadas de modo concorrente. Nesse caso, exige-se uma probabilidade bastante alta de confirmação para decidir contra o bem jurídico protegido, pois somente assim seriam vencidos os riscos de erro tal como distribuídos.³⁶⁴

Por serem intuitivos diante dos preceitos jurídicos mais básicos do Estado moderno, os critérios extremos alcançaram uma posição inquestionável nas diversas experiências jurídicas. As diferenças de garantias entre as relações jurídicas civis e penais, considerando a estrutura de seus processos, formavam uma espécie de dicotomia diante do que os demais direitos poderiam utilizar como modelos excludentes para proporcionar a verificação dos fatos que lhes são relacionados. Há quem afirme serem esses dois critérios

³⁶³ Sobre o critério da prova preponderante, acredita-se que a melhor exploração é a de Clermont ao comparar as construções americana e japonesa a respeito desse critério de suficiência. Cf. Clermont, *Standards of proof*, p. 267-275.

³⁶⁴ Sobre o critério de suficiência do direito penal e sua problematização, cf. LAUDAN, Larry. *Truth, error and the criminal Law: na essay in legal epistemology*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 29-62.

suficientes para dar conta das diferentes fórmulas de distribuição do risco existentes dentre as relações jurídicas hodiernas.³⁶⁵

Entretanto, o reconhecimento de diversas relações jurídicas consideradas não totalmente alinhadas com nenhuma das situações acabou por indicar a necessidade de um terceiro critério intermediário, nem satisfeito com a preponderância nem sujeito às altas exigências que não admitem dúvidas. Necessitam de grau de confirmação bastante fundamentado, ainda que não possa alcançar uma certeza virtual. Daí a criação de um padrão designado pela fórmula “prova clara e convincente”, cujo significado se explica pela frase “*much more likely than not*”.³⁶⁶ É critério aplicado a casos civis que não gozam das relações de igualdade e simetria verificada na equivalência entre indivíduos, sendo destinadas a situações especiais como aquela observada nas relações de trabalho, que, no Brasil, acabam exigindo do empregador “provas cabais” de suas alegações para casos de justa causa, por exemplo.³⁶⁷

³⁶⁵ Citando decisões de tribunais australianos, Williams nega a existência desse critério intermediário. Afirma que naquele país a jurisprudência entende como suficiente a flexibilização do duplo padrão para os julgamentos sobre fatos, sem a necessidade de desenvolver um terceiro *standard*. Para sustentar esse argumento, relaciona a solução de prova clara e convincente apenas a formulações de probabilidade estatística, afirmando-a como inadequada para o processo. WILLIAMS, C. R. Burdens and standards in civil litigation. *Sidney Law Review*, vol. 25, n.2, June 2003, especialmente p. 182-184

³⁶⁶ Isso não significa que não haja propostas para se formular novos critérios considerados úteis em relação aos direitos materiais. Danilo Knijnik relaciona um outro elemento que constitua “razoável excludente de qualquer hipótese de inocência”, para “processos penais indiciários”, apesar de não descrever a razão da distribuição dos riscos de erro serem diferentes nesse caso. Cf. Knijnik, ob. cit., p. 41-43.

³⁶⁷ JUSTA CAUSA. DESÍDIA.

Para configuração da justa causa há de ser produzida prova cabal de sua ocorrência de ato faltoso grave, vez que se tratam de fatos extraordinários, conflitantes com o Princípio da Continuidade da Relação de Emprego e da presunção de que o obreiro é dispensado sem justa causa. Verificada a desproporcionalidade entre a falta e a punição descabe falar em justa causa. Recurso a que se nega provimento

(TRT-10 - RECURSO ORDINARIO: 00012-2009-010-10-00-3; Relator(a): Desembargadora Maria Piedade Bueno Teixeira; Julgamento: 25/08/2009; Órgão Julgador: 2ª Turma; Publicação: 11/11/2009)

JUSTA CAUSA. A justa causa, por tratar-se de medida extrema, requer prova cabal de sua existência, cujo ônus é do empregador. Hipótese em que ambas as partes se comportaram de forma irregular, o que configura a culpa recíproca na rescisão do contrato de trabalho. Recurso do reclamante parcialmente provido. (...)

(TRT-4 - RECURSO ORDINARIO: 00028-2007-122-04-00-5; Relator(a): IONE SALIN GONÇALVES; Julgamento: 15/01/2009; Órgão Julgador: 2ª Vara do Trabalho de Rio Grande)

JUSTA CAUSA. IMPROBIDADE. PROVA ROBUSTA. CARACTERIZAÇÃO.

A improbidade é ato faltoso que enseja maior gravidade entre os arrolados no artigo 482 da CLT, pois envolve a honra e a moral do empregado, e, para ser caracterizada, exige prova cabal para que se torne o fator determinante da despedida. Evidenciada tal irregularidade, através de prova testemunhal robusta, torna-se correto o acolhimento da tese de justa causa, conforme entendeu o Juízo de origem. Recurso do reclamante a que se nega provimento. (TRT-13 - Ação Civil Pública: ACP 111299 PB 00213.2009.026.13.00-0; Relator(a): HERMINEGILDA LEITE MACHADO; Julgamento: 11/11/2009; Órgão Julgador: Segunda Turma; Publicação: 11/12/2009).

Há quem equipare, entretanto, a exigência de prova cabal, às construções do processo penal: “Justa causa. Prova. A justa causa exige prova cabal, ou seja, prova a tal ponto segura que não permita a menor dúvida. Assédio sexual que se pretende provar com reclamação escrita de cliente e com testemunhas que não presenciaram o fato. Prova duvidosa. Sentença mantida.” (TRT-2 - RECURSO ORDINÁRIO EM RITO SUMARÍSSIMO: 01856-2009-341-02-00-8/SP; Relator(a): EDUARDO DE AZEVEDO SILVA; Julgamento: 09/02/2010; Órgão Julgador: 11ª TURMA; Publicação: 23/02/2010)

Uma das maiores críticas que se faz em relação a essas fórmulas se referem a imprecisão de seus conteúdos, os quais são difíceis de serem percebidos, tornando sua aplicação um tanto vaga. Literatura extensa se bate em buscar termos de dissociação entre eles, tentando alcançar essa compreensão mediante fórmulas matemáticas vinculadas a uma valoração da prova nesses termos, mas raramente abordagens desse tipo ganham espaço significativo nos julgamentos jurídicos. A força dessas construções advém da possibilidade de comparação entre os critérios, sendo identificados como partes de uma mesma categoria, funcionando da mesma forma, possibilitando uma leitura conjunta de seus conteúdos.

Ao longo do tempo, expressões não perfeitamente determinadas em seus conteúdos como dúvida razoável, provas cabais, provas robustas, provas inequívocas continuam sendo previstas em lei e utilizadas na jurisprudência na esperança de orientar as decisões sobre fatos. Ocorre que a falta de tratamento sistemático impede até mesmo o reconhecimento de alguma utilidade a essas expressões, pois são empregadas nas mais diversas situações, com significados bastante diferentes, sem a possibilidade de comparação entre si. Para atingir alguma importância nos julgamentos sobre fatos, é fundamental que possam ser percebidas as distinções entre eles e em que casos devem ser aplicados, comparando, até mesmo, o nível de prova a ser satisfeito considerado satisfatório para cada critério erigido.

Eis, talvez, a grande dificuldade do direito brasileiro, e, de resto, a desvantagem da abordagem continental do assunto, que, ao deixar de lado essa categoria, acaba diminuindo sua importância, utilizando esporadicamente, abandonando critérios sérios de valoração da prova, tudo como consequência de uma percepção do livre convencimento pouco problematizada. É preciso que os graus de exigências das comprovações e as formas como essas são feitas, determinados problemas sejam preocupações constantes da jurisprudência, de modo a discutir modelos de confirmação disponíveis a alguns casos. As discussões sobre fatos são extremamente importantes para a legitimação do processo e a agilidade em debatê-las seria bem vinda em tempos nos quais o Judiciário se encontra com volume muito grande de processos.

Essa questão ganha ainda importância ao se verificar que os critérios de suficiência são utilizados como ferramentas em verdadeiras subversões do procedimento cognitivo característico do processo judicial, como ocorre nas tutelas de urgência. Nesses casos, são estipulados critérios abaixo da preponderância para viabilizar a tomada de decisões, mesmo quando impossível falar em probabilidade por falta de contraditório, ainda assim, respeitando a distribuição de riscos promovida pelo direito material. Tais formulações

servem a propósitos processuais, como a possibilidade de resguardo de um direito ou mesmo de sua obtenção liminar diante de quadros de urgência.³⁶⁸

Os critérios de suficiência da decisão sobre tutelas de urgência significariam uma espécie de reprodução dessa escala normal de preponderância, convincente e além da dúvida razoável, para o patamar específico e precário da demonstração por meios pré-constituídos e muitas vezes mesmo sem contraditório. Esses critérios somente se explicam por uma concessão feita ao processo pelas iniquidades que a demora muitas vezes impõe aos litigantes, ocasionando a necessidade de equilibrar também os riscos impostos pela discussão processual sem macular a distribuição pautada no direito material. Embora epistemologicamente essa alternativa seja impossível se considerada uma investigação dialética, acaba cedendo à pressão da realidade por uma legitimação social.

Assim, diversos critérios de suficiência podem ser destacados para tomar parte da comprovação, atendendo à distribuição dos riscos do erro judiciário proporcionado pelo direito material, ou por uma tentativa de equilibrar a relação processual.

³⁶⁸ Acredita-se indevida a distinção entre tutelas de urgência e de evidência, afirmando esta como uma espécie de julgamento prévio do processo em situações de prova pré-constituída que alcance um elevado patamar de confirmação. Essa nomenclatura, entretanto, desconsidera os mecanismos processuais de cognição dos fatos, ao deixar de lado a importância do debate, da dialética processual, como elemento de decisão. Parte do pressuposto que é o juiz quem legitima por sua análise a decisão sobre fatos, e não a discussão processual, o que se revela um grave erro em face dos princípios que o orientam. Enquanto o termo urgência confere uma justificativa procedimental que pode ser argumentada como válida para estipular esse critério de suficiência, os termos epistemológicos em que o processo se constitui não autorizam o mesmo para a nomenclatura evidência. Daí porque se entende impossível a extensão da “tutela antecipatória a todos os direitos evidentes”, como sugerido por parcela da doutrina brasileira (FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 318). Há sempre a necessidade de se comprovar os requisitos de concessão da tutela jurisdicional antecipada, que devem sempre ser demonstrados com base em critérios de suficiência percebidos em cada relação jurídica material subjacente ao processo (conforme afirmado ao §19 acima). Em sentido parecido ao que é ora apresentado, é o posicionamento de Bedaque, que defende a preservação da cognição dialética, ao afirmar que “os riscos representados por essa solução são menores, visto que a eficácia do provimento fica subordinada à cognição plena realizada posteriormente, com respeito ao contraditório e ampla defesa.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutela sumária e de urgência*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 119). Apesar de não distinguir os critérios de suficiência referentes a cada relação de direito material, Bedaque não deixa de lado as razões corretas que conduzem a possibilidade de um provimento jurisdicional antecipado à sua técnica cognitiva. É preciso levar em conta que a distribuição do “ônus do tempo no processo”, levantada por Marinoni como um dos fatores primordiais de justificação das tutelas de urgência, não pode levar em conta apenas as posições das partes no processo, nem, muito menos, conclusões epistemológicas consideradas erroneamente suficientes, mas a distribuição dos riscos envolvidos na relação jurídica subjacente. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5ª. Ed. São Paulo: RT, 2006, p. 203) Foi intuindo isso, por exemplo, que se estipulou há muito a ação de alimentos provisionais, na qual se distribui os riscos em favor do necessitado, onde são reduzidos os critérios de suficiência não apenas da caracterização do direito como também os referentes a urgência da situação sem objeções epistemológicas diante da importância do bem jurídico tutelado. Mas a requisição de antecipação de tutela em casos que envolvam uma intervenção no mercado por abuso de poder econômico deve estar fundada em provas consistentes da urgência e irreparabilidade do dano, diante da necessidade de maiores precauções na sua concessão considerando o direito material.

§25. *Crítica à formulação dos critérios de suficiência.* A construção dos critérios de suficiência atrai críticas que expressam suas dificuldades em evitar decisões arbitrárias, por não conferirem elementos de orientação segura ao juízo de fato, possibilitando que situações equivalentes sejam decididas de maneira diferente. Segundo se argumenta, a falta de definições precisas quanto ao conteúdo das expressões que servem a esse propósito, tais como *prova preponderante*, *prova clara e convincente* e *prova além de toda dúvida razoável*, criaria óbice para uma utilização proveitosa desses institutos. Por isso já houve várias tentativas de criá-los de maneira objetiva e exigente na busca por conclusões responsáveis.

Larry Laudan é um dos que afirma serem os critérios de suficiência formulados demasiadamente subjetivos e carentes de uma definição útil. Diante de sua fórmula, que se vale apenas da referência à probabilidade para postular os graus de comprovação, entende que nem sempre são considerados elementos seguros de orientação aos julgadores. A ambigüidade desses critérios não seria suficiente para prover direções capazes de atuar eficazmente na distribuição do risco do erro nesses casos.³⁶⁹

Segundo o autor, a utilização de expressões de probabilidade para orientar a confirmação em cada caso seria uma opção extremamente complexa, porque dificilmente o direito apresenta casos facilmente quantificáveis para subsidiar o cálculo de decisão. Não havendo como estipular probabilidades, não há como solucionar o problema de sua designação inicial ou obter algum parâmetro útil de decisão. Tal circunstância favoreceria a subjetividade dos juízos de fato que orientam.

Os critérios de suficiência devem ter o propósito de indicar ao investigador quando algo pode ser considerado como provado, isto é, quando os elementos de comprovação justificam a aceitação de determinada conclusão para os propósitos pretendidos. Em algumas construções, a questão é ignorada e o critério de suficiência não indica níveis de confirmação, fazendo com que seja parasitário da confiança subjetiva. Ao colocar o convencimento como ponto principal, e a probabilidade como apêndice, abandona a noção de justificação como central ao problema.³⁷⁰

Como se demonstrou anteriormente, a atividade comprobatória não pode depender da confiança subjetiva numa hipótese, mas indicar quando há boas razões para justificar essa confiança. Daí porque os critérios de suficiência devem se pautar na questão

³⁶⁹ LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n. 28, 2005, p. 99-101

³⁷⁰ Ibid. p. 104-105.

das justificativas e não na confiança. Isso seria bastante difícil de ser alcançado, pois mesmo que fossem reformulados, tais critérios continuariam ser bastante difíceis de serem calculados.

No caso específico do processo penal se verifica um verdadeiro problema na compreensão do que significa o critério de suficiência que lhe é designado. *Prova além da dúvida razoável* não é critério de suficiência definido de modo útil para orientação do juízo de fato, por não apresentar orientação objetiva, nem estabelece adequadamente a intensidade de sua confiança subjetiva. Para fazer as coisas ainda pior, o sistema tampouco estabelece controles para propor como tal nível de confirmação deve ser alcançado. Assim deixa o caminho livre para arbitrariedades, pois a dúvida razoável da subjetividade do jurado é incontrolável. Somente se alcançaria uma decisão correta se houvesse critério de suficiência adequado.

No direito romano-germânico, durante muito tempo, as provas legais formulavam formas de comprovação como a exigência de dois testemunhos oculares diretos ou confissão plausível, que tentavam reunir não apenas a forma de comprovar, como também o grau de comprovação que essas fórmulas estipulariam. A crença subjetiva, assim, carecia de relevância. Trabalhava-se com engessamento excessivo, mas apresentava critérios de suficiência próprios.³⁷¹

Com isso, Laudan propõe a utilização de critérios menos vinculados com paradigmas subjetivos e mais descritivos quanto às coordenadas que deve prover ao julgamento. Analisando especificamente o critério de suficiência do direito penal, verifica que foram construídas fórmulas consideradas mais adequadas aos propósitos verificados. Por meio de novas definições, poderiam ser afastados os problemas de compreensão do significado dos critérios de suficiência.

A noção de “*prova além da dúvida razoável*” poderia ser descrita como uma das três formulações: [a] Se é crível a prova acusatória ou um testemunho que resultaria difícil de explicar se o acusado fosse inocente e não é crível a prova exculpatória ou um testemunho que seria muito difícil de explicar se o acusado fosse culpado, então condene-o. De outro modo, absolva-o. [b] Se a história da acusação acerca do delito é plausível e você não pode imaginar uma história plausível que mostre ao acusado como inocente, então condene-o. De outro modo, absolva-o. [c] Resolva se os fatos estabelecidos pela acusação

³⁷¹ Ibid., p. 106.

refutam qualquer hipótese ainda ligeiramente razoáveis de inocência do acusado. Se for assim, é preciso condená-lo. De outro modo, deve-se absolvê-lo.

Ao comentar a proposta de Laudan, tanto Michele Taruffo quanto Juan Igartua Salaverría, destacaram o mesmo ponto: o esclarecimento dos critérios de suficiência nesses termos seria interessante para explicar aos jurados, instituição de julgamento dos fatos nos Estados Unidos em grande número de casos, o conteúdo da expressão. Nesse sistema, o papel do júri é intrinsecamente subjetivo, trata-se da confiança sociedade deposita nessa instituição e que não exige justificação racional de seus integrantes, a qual se baseia em instrumentos de legitimação político-social, e não epistêmica. Entretanto, para sistemas orientados a partir de julgamentos centrados na figura do juiz profissional, a atividade justificadora supriria a necessidade de desenvolvimentos mais específicos desses termos.³⁷²

Acredita-se que é possível dizer que ambos os posicionamentos estão corretos, considerando que os critérios de suficiência não são expressos de maneira clara e o julgamento baseado em justificações torna mais adequada sua utilização. Adotar os critérios de suficiência não significa apenas reconhecer sua importância, mas também buscar esclarecer seus limites. Certamente esses critérios se dirigem à orientação das atividades justificativas dos magistrados e atingem nessa utilização seu ponto máximo, mas devem expressar mais claramente o tipo de distribuição do erro que pretendem empreender a cada uso.

Certamente é justamente uma abordagem sobre os critérios de suficiência que falta às suas previsões no direito brasileiro, por exemplo, em que as presunções aparentes (como presunção de inocência e de boa-fé, dentre outras) não permitem identificar os níveis de distribuição do erro identificado em cada fórmula e nem comparar essas soluções com outras manifestações de mesma natureza (como se não fossem referentes a intensidades de um mesmo critério, mas critérios diferentes sem relação entre si).³⁷³ A formulação dos critérios, assim, influencia bastante em sua aplicação. Embora haja melhor adequação a

³⁷² TARUFFO, Michele. Tres observaciones sobre “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, de Larry Laudan. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n. 28, 2005, p. 115-126; SALAVERRÍA, Juan Igartua. Prolongaciones a partir de Laudan. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n. 28, 2005, p. 141-150.

³⁷³ Sobre a utilização dos critérios de suficiência de presunção de inocência e presunção de boa-fé, por exemplo, suas formulações em nada podem ser comparadas. A primeira se refere essencialmente ao direito penal e deve ser sustentada de modo a evitar ao máximo a condenação de inocentes. A presunção de boa-fé não detém exatamente o mesmo conteúdo. A jurisprudência afirma, por exemplo, a presunção de boa-fé em relação a fraude na execução. Mas isso não significa que a comprovação deve se dar de modo “além de toda dúvida razoável”, tal como seria verificável nas questões penais. Daí a necessidade de especificar, também nos critérios de suficiência já existentes, o significado de cada um deles para uma argumentação mais dirigida.

decisões justificadas onde podem operar no ponto preciso de sua utilidade, é fundamental que expressem o significado de cada uma das alternativas propostas.

2.4 Como operam os critérios de suficiência

§26. *Funcionam de maneira semelhante aos princípios.* A essa altura já deve estar meridianamente claro que os critérios de suficiência não funcionam como regras jurídicas fechadas a condicionar os juízos de fato. Regras são definidas como ordens, tipos normativos cuja medida de aplicação já vem previamente definida, que seguem a lógica do tudo ou nada: ou são cumpridas ou são descumpridas. Funcionam mediante a verificação de condições e a aplicação de suas previsões.

Os critérios de suficiência estão mais próximos dos princípios como tipo normativo. Os princípios expressam pautas de conduta, cujas condições de aplicação derivam exclusivamente de seu conteúdo: assim estabelecem deveres ou mandados incondicionados não submetidos a condição nenhuma. Operam por ponderação, ou seja, verificando se são aplicáveis ao caso debatido e avaliando, por comparação com outros princípios aplicáveis, os termos em que orientará a decisão. Os critérios de suficiência, da mesma maneira, ensejam atividades argumentativas similares diante de suas previsões. Todas as formas de expressar o conteúdo desses institutos sempre exprime mandatos de otimização referentes ao risco do erro na apuração dos fatos e, por isso, requer ponderação ao invés de subsunção.³⁷⁴

Eis uma das diferenças desse conceito em relação a presunção, por exemplo. As presunções são organizadas de maneira a funcionarem como regra, na medida em que obrigam ao julgamento pautado na ocorrência de suas condições a levar a um resultado determinado. Diante da verificação de uma determinada condição, a comprovação do fato base e não desmentido fato presumido, deve-se tomar um determinado curso de ação. Assim opera, por exemplo, a questão do título de crédito em posse do devedor: diante da constatação desse fato e a inexistência de provas em contrário, torna-se obrigatória a premissa de que houve seu resgate e a quitação da dívida.³⁷⁵

Por outro lado, os critérios de suficiência não impõem condições determinadas para nenhuma situação. Apenas proporcionam critérios para orientar a comprovação conforme a peculiaridade de cada caso em relação aos bens jurídicos envolvidos. Não

³⁷⁴ Sobre a diferença entre regras e princípios, cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros: 2008.

³⁷⁵ Essa construção é reconhecida por Regla, ao distinguir entre presunções-regra e presunções princípio. Cf. Regla, ob. cit., p. 20 et. seq.

impõem crença alguma sobre a substância do fato, apenas uma espécie de critérios que atingem seu significado por analogias a outras situações e proporcionam uma melhor distribuição da carga da prova. Sejam as formulações feitas sob a forma “*presunção de legalidade dos atos da administração*” ou “*prova clara e convincente*”, ambas partilham da mesma característica de servir de guias para os juízos de fato de modo a ponderar se o grau de comprovação alcançado por cada conjunto probatório é suficiente para satisfazer o nível de controle do erro erigido.

Assim se atribui aos critérios de suficiência o alcance justificativo necessário para regulamentação do juízo de fato, para os quais as presunções não estão preparadas a oferecer, embora se dirijam a objetivos semelhantes. Operando em estágio diferente do argumento de fato, essa forma de controle atribui ao juízo de fato a possibilidade de regulamentação por pautas que criam mais uma dimensão para seu controle. Essa tentativa é tão válida quanto a utilização dos princípios em relação às premissas normativas do raciocínio jurídico, pois mesmo não impondo ao juízo de fato conclusões específicas, oferece um campo de argumentação a ser explorado, afastando ao máximo as decisões judiciais das arbitrariedades na identificação dos fatos.³⁷⁶

Conforme já se afirmou em relação aos critérios de suficiência, não se trata de oferecer resposta em si, mas de direcionar propriamente um campo de argumentação. Foi exatamente como descreveu o Ministro da Suprema Corte John M. Harlan II, ao proferir seu voto no famoso caso *In Re Winship*, no qual concebia os critérios de suficiência como uma tentativa de instruir os juízos de fato de acordo com os valores da sociedade. Eis o trecho com o qual introduz sua posição:

“[...] os critérios de suficiência representam uma tentativa de instruir o julgador sobre o grau de confiança que a sociedade acha que ele deveria ter sobre a certeza das conclusões de fato por um tipo particular de adjudicação. Embora as fórmulas ‘preponderância de provas’ e ‘provas além da dúvida razoável’ sejam quantitativamente imprecisas, elas comunicam ao julgador dos fatos diferentes noções relacionadas ao grau de confiança que ele deve ter ao proferir suas conclusões de fato.”³⁷⁷

³⁷⁶ Cf. Knijnik, *A prova*, p. 45-46.

³⁷⁷ “[...] a standard of proof represents an attempt to instruct the factfinder concerning the degree of confidence our society thinks he should have in the correctness of factual conclusions for a particular type of adjudication. Although the phrases ‘preponderance of the evidence’ and ‘proof beyond a reasonable doubt’ are quantitatively imprecise, they do communicate to the finder of fact different notions concerning the degree of confidence he is expected to have in the correctness of his factual conclusions.” Em seguida exemplifica seu posicionamento na seguinte passagem: “The standard of proof influences the relative frequency of these two types of erroneous outcomes. If, for example, the standard of proof for a criminal trial were a preponderance of the evidence rather than proof beyond a reasonable doubt, there would be a smaller risk of factual errors that result in freeing guilty persons, but a far greater risk of factual errors that result in convicting the innocent. Because the

Daí porque se afirma que os critérios de suficiência não oferecem uma resposta em si, mas direcionam propriamente o campo de argumentação, com grande benefício a racionalidade do julgamento sobre fatos.

§27. *Precisam ser justificados em sua escolha e utilização.* Apesar de serem definidos pelas características do direito material, nem sempre há disposições expressas a prever os critérios de suficiência, nem tampouco a possibilidade de se perceber as características que conduziram a sua identificação. Há diversos casos em que a própria escolha do critério de suficiência causa dúvidas a serem dirimidas, sendo necessária a investigação das razões que conduzem a sua escolha para cada situação. A definição não é tão simples se pode supor a primeira vista, como uma decorrência clara das disposições de direito material.

Embora a definição dos critérios de suficiência observe de perto as previsões do direito material, é possível que as características específicas do caso precisem de distribuições diferenciadas do risco, diante da complexidade de interesses que podem ser envolvidos no assunto. Casos que envolvam várias preocupações diferentes podem ensejar respostas que precisem ser moldadas considerando todos os elementos envolvidos na consideração do risco e, por vezes, contra aquilo que é apregoadado pela legislação. Nem sempre as fórmulas previstas pela legislação obedecem a lógica de distribuição do risco que é necessária para proteção dos bens jurídicos envolvidos em cada caso.

Na experiência estadunidense esses casos ganham certa repercussão por ensejarem movimentos criativos da jurisprudência, mesmo quando a legislação dispõe de forma diferente. Eis o interesse nos citados casos *In Re Gault* e *In Re Winship*, nos quais a legislação disciplinar de menores de um estado daquele país dispunha que o critério de suficiência para a condenação seria formulado em termos de “*prova preponderante*”, de modo integralmente distinto do habitual “*prova além da dúvida razoável*” verificado na legislação criminal destinada aos adultos. O Tribunal decidiu que não há motivos para distinguir entre as situações, sendo injustificável distribuir os riscos de maneira menos favorável aos menores de acordo com o sistema legislativo daquele país.³⁷⁸

standard of proof affects the comparative frequency of these two types of erroneous outcomes, the choice of the standard to be applied in a particular kind of litigation should, in a rational world, reflect an assessment of the comparative social disutility of each.” Voto de Harlan, *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970).

³⁷⁸ Cf. voto de Brennan no caso *In Re Winship*, no qual afirma: “We turn to the question whether juveniles, like adults, are constitutionally entitled to proof beyond a reasonable doubt when they are charged with violation of a criminal law. The same considerations that demand extreme caution in factfinding to protect the

Um caso célebre referente a designação de critérios de suficiência diante de situações limítrofes pode ser verificado no julgamento do caso *Addington v. Texas*, nos quais uma mãe solicitava a internação psiquiátrica forçada do próprio filho, diante das sucessivas agressões a que afirmava ser submetida. No julgamento do caso, foi estabelecida a utilização do critério de suficiência que requisitava “*prova clara, inequívoca e convincente*” para verificar a necessidade da internação. Houve recurso à Suprema Corte para a revisão do critério de suficiência, na qual o recorrente sustentava, dentre outros argumentos, a utilização de situação do critério mais exigente de comprovação para distribuir os riscos do erro judiciário.³⁷⁹

Entretanto, mesmo diante do reconhecimento de que a internação contrária a vontade ensejaria uma privação importante de liberdade individual, criando um perigo do qual deve ser protegido o indivíduo, o interesse público requer também que seja prestada eficiente assistência ao cidadão incapaz acometido de dificuldades psicológicas e que a sociedade seja protegida dos riscos criados por alguns doentes mentais. Diante desses interesses distintos a serem acomodados, os quais desempenham conjuntamente a função de distribuição de riscos de erro judiciário na discussão jurídica, a discussão dos critérios de suficiência pode ser levada a sérias discussões em relação a sua escolha, podendo, inclusive,

innocent adult apply as well to the innocent child. We do not find convincing the contrary arguments of the New York Court of Appeals. *Gault* rendered untenable much of the reasoning relied upon by that court to sustain the constitutionality of § 744 (b). The Court of Appeals indicated that a delinquency adjudication ‘is not a ‘conviction’ (§ 781); that it affects no right or privilege, including the right to hold public office or to obtain a license (§ 782); and a cloak of protective confidentiality is thrown around all the proceedings (§§ 783-784).’ 24 N. Y. 2d, at 200, 247 N. E. 2d, at 255-256. The court said further: ‘The delinquency status is not made a crime; and the proceedings are not criminal. There is, hence, no deprivation of due process in the statutory provision [challenged by appellant]’ 24 N. Y. 2d, at 203, 247 N. E. 2d, at 257. In effect the Court of Appeals distinguished the proceedings in question here from a criminal prosecution by use of what *Gault* called the “civil” label-of-convenience which has been attached to juvenile proceedings.” 387 U.S., at 50. But *Gault* expressly rejected that distinction as a reason for holding the Due Process Clause inapplicable to a juvenile proceeding. 387 U.S., at 50-51. The Court of Appeals also attempted to justify the preponderance standard on the related ground that juvenile proceedings are designed “not to punish, but to save the child.” 24 N. Y. 2d, at 197, 247 N. E. 2d, at 254. Again, however, *Gault* expressly rejected this justification. 387 U.S., at 27. We made clear in that decision that civil labels and good intentions do not themselves obviate the need for criminal due process safeguards in juvenile courts, for “[a] proceeding where the issue is whether the child will be found to be ‘delinquent’ and subjected to the loss of his liberty for years is comparable in seriousness to a felony prosecution.” *Id.*, at 36.

Nor do we perceive any merit in the argument that to afford juveniles the protection of proof beyond a reasonable doubt would *risk destruction of beneficial aspects of the juvenile process*. Use of the reasonable-doubt standard during the adjudicatory hearing will not disturb New York’s policies that a finding that a child has violated a criminal law does not constitute a criminal conviction, that such a finding does not deprive the child of his civil rights, and that juvenile proceedings are confidential. Nor will there be any effect on the informality, flexibility, or speed of the hearing at which the factfinding takes place. And the opportunity during the post-adjudicatory or dispositional hearing for a wide-ranging review of the child’s social history and for his individualized treatment will remain unimpaired. Similarly, there will be no effect on the procedures distinctive to juvenile proceedings that are employed prior to the adjudicatory hearing.”

³⁷⁹ *Addington v. Texas*, 441 U.S. 418 (1979).

selar o destino do processo. As discussões acerca da definição dos critérios de suficiência fazem parte de todo processo no qual questões de fato devem ser decididas, havendo apenas maior ou menor facilidade nas decisões.³⁸⁰

Todos esses casos representam as dificuldades de firmar quais os critérios de suficiência devem ser utilizados em cada caso e como eles não são tão evidentes como se poderia imaginar em suas formulações mais clássicas. As zonas cinzentas criadas pela complexidade das situações jurídicas acabam sendo um fator de complicação a ser desvendado a cada processo, conforme se interpreta o próprio direito material. Essas questões, dessa maneira, são sempre encontradas em qualquer abordagem que se faça sobre critérios de suficiência para os juízos probatórios, diante das leituras do direito material a serem adequadas a configuração de cada caso.

Isso poderia ser verificado no direito brasileiro também, ao se considerar os diferentes casos tributários que envolvem argumentos de fato. Parece que nessa matéria não há consenso quanto a distribuição do risco do erro judiciário quanto as matérias de fato, ensejando regramentos e interpretações diferentes nesse sentido. Se forem analisadas apenas as garantias constitucionais e a legislação federal a respeito da matéria, sempre se coloca em vantagem o contribuinte, de modo que se valorize a preservação de seu patrimônio em detrimento da arrecadação do fisco. Mais vale para o regramento geral uma proteção dos contribuintes contra os riscos de uma condenação do que conferir ao fisco esse benefício. Os indivíduos não podem ser obrigados a contribuir na base de suspeitas, correndo contra o estado os riscos dessa atividade.³⁸¹

Entretanto, há situações em que a jurisprudência consagra distribuições diferentes do risco entre as partes dessa relação jurídica, colocando em primeiro lugar a exequibilidade das leis tributárias e a necessidade de arrecadação dos entes estatais. Isso pode ser verificado no caso da cobrança do IPTU pelos Municípios, por exemplo. Apesar de

³⁸⁰ “Due process does not require states to use the ‘beyond a reasonable doubt’ standard of proof applicable in criminal prosecutions and delinquency proceedings. The reasonable-doubt standard is inappropriate in civil commitment proceedings because, given the uncertainties of psychiatric diagnosis, it may impose a burden the state cannot meet and thereby erect an unreasonable barrier to needed medical treatment. The state should [441 U.S. 418, 419] not be required to employ a standard of proof that may completely undercut its efforts to further the legitimate interests of both the state and the patient that are served by civil commitments.” Ibid., p. 427-431.

³⁸¹ O Código Tributário Nacional atesta esse sentido da legislação ao dispor diretamente sobre a atribuição do ônus da prova ao fisco, conforme dispõe o art. 149: “O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos: [...] IV - quando se comprova falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória; V - quando se comprova omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte; VI - quando se comprova ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária; VII - quando se comprova que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;”

ser obrigatório aos entes estatais comprovar o atendimento de cada uma das condições para o lançamento dos tributos, autoriza-se que a notificação dos contribuintes do lançamento pelo recebimento do carnê seja comprovada meramente pela demonstração da remessa desses por serviços postais para satisfazer a condição estipulada.³⁸² Tais posicionamentos são díspares, embora encontrem justificativas dentro do mesmo ramo do direito. Seria fundamental uma discussão a respeito dessa distribuição de riscos para compreender quais os elementos que devem ser levados em conta para defini-los.

Dessa maneira, é preciso ressaltar que a dificuldade de identificação dos critérios de suficiência é assunto determinante para sua escolha e utilização. Daí ser imprescindível reconhecer que sua definição deve ser sempre objeto de decisão anterior a instrução, devendo ser submetida ao contraditório, especialmente quando não for claramente estipulada, onde permaneça indeterminado diante da complexidade da causa. Assim, os critérios de suficiência não evitam a questão já travada na doutrina brasileira quanto ao momento de inversão do ônus da prova.

Essa questão, todavia, não se mostra tão difícil se olhada a partir dos critérios de suficiência. O momento da inversão do ônus coloca em contradição duas visões do instituto que enfatizam cada uma de suas características. Aqueles que entendem o ônus da prova tão-somente como uma regra de julgamento, não vêem possibilidade de definir antecipadamente sobre quem este recairá, pois antes sequer sabe se as provas serão suficientes, sendo impossível dar um aviso prévio sobre o que ocorreria após a valoração da prova. Aqueles que entendem o ônus da prova como uma orientação às partes, por outro lado, prezam pela inversão em momento anterior, para impedir que as partes sejam surpreendidas.³⁸³ Diante da natureza dos critérios de suficiência, entretanto, não podem haver muitas dúvidas.

Percebendo-se a indeterminação da distribuição do risco diante da complexidade de tantas situações as quais devem ser estudadas pelo processo, e considerando que o método do conhecimento característico do processo judicial que depende diretamente da participação das partes para ensejar decisões legítimas, se faz mais clara a necessidade de defini-los antes, definindo o tipo de participação que as partes têm de ter no processo. Daí porque a decisão sobre esse assunto deve se dar no saneamento do processo, onde todas as questões processuais são definidas, definindo como se processará a instrução probatória. Os

³⁸² Súmula 327 do STJ: O contribuinte do IPTU é notificado do lançamento pelo envio do carnê ao seu endereço. A sumula reflete a seguinte decisão “A jurisprudência assentada pelas Turmas integrantes da 1ª Seção é no sentido de que a remessa, ao endereço do contribuinte, do carnê de pagamento do IPTU é ato suficiente para a notificação do lançamento tributário.” (REsp 1111124/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/04/2009, DJe 04/05/2009).

³⁸³ Cf. Carpes, ob. cit., passim.

critérios de suficiência, não obstante seja verificado dentre as disposições do direito material, não é dado de antemão, sendo imprescindível que seja discutido e decidido como uma questão controvertida em face do saneamento. Não há qualquer incoerência em abordá-la nesse momento do processo, apenas uma função adequada de evitar surpresas que sejam capazes de impedir o exercício pleno do contraditório.

Diante da natureza que assume esse instituto diante do processo judicial, é possível ainda sustentar que se trata de uma regra sobre prova que não deve encontrar dificuldades para ser admitida em discussões na instância especial. Não obstante se destine a matéria de fato e dependa da valoração da prova para produzir resultados epistemológicos, deve-se reconhecer que não trata de questão não afeita a esse âmbito recursal de abrangência reduzida. Ao contrário, justamente por se pautar em discussões difíceis sobre interpretação sistêmica do direito material, deve ser entendida como elegível para a manifestação dos tribunais superiores.

Ao serem colocados ao lado do ônus da prova, criam uma dimensão complementar da justificação em matéria de fato, cujo objetivo é alcançar maior legitimação em relação às decisões tomadas nessa seara desde o advento do livre convencimento. Os valores envolvidos no direito material orientam a epistemologia judicial, se adequando perfeitamente aos seus institutos e procedimentos. Com isso, cresce a importância de abordagens epistemológicas a prova no processo judicial. A valoração, a identificação de quando determinado grau de confirmação é atingido, não foi objetivo dessa exposição, mas ganha relevância diante de uma investigação consciente de seus limites e que precisa se reconstruir para proporcionar aceitabilidade aos julgamentos proferidos.

§28. *Consequências do uso equivocado.* Uma maneira de ilustrar as consequências catastróficas que podem advir do uso equivocado dos critérios de suficiência pode ser percebida na conhecida peça “Otelo, o mouro de Veneza”. São infinitas as considerações que podem ser feitas a partir de uma obra de arte como essa, rica em todas as suas dimensões. Diversos estudos destacam diferentes perspectivas sobre a obra para falar tanto do valor literário quanto da moralidade subjacente, tanto dos aspectos psicológicos das personagens quanto o compartilhamento de sensações com seus leitores, dentre muitos outros.

Nesse trabalho, apresenta-se uma análise algo inusitada de um texto que não é conhecido por servir de base para estudos jurídicos, embora já tenha sido analisado da

perspectiva do direito probatório.³⁸⁴ Na reconstrução ora proposta, a história de Otelo serve para chamar atenção aos perigos da condução equivocada da avaliação de provas em contextos de razão prática. Pretende-se demonstrar o que acontece com um raciocínio que prescinde de elementos adequados de avaliação do conjunto probatório, ensejando uma deficiência na percepção suficiência das provas ao se desvincular dos valores envolvidos na questão. Essa falta pode determinar o insucesso de uma decisão importante, levando em conta uma aproximação inegável entre os discursos práticos e jurídicos.

Basicamente, a trama de Shakespeare gira em torno do inconformismo de Iago em ter sido preterido para a patente de tenente do comandante Otelo, na Veneza medieval. O evento desperta a ira de Iago que, apesar de se manter próximo ao seu comandante, tenta destruí-lo de diversas maneiras. Em dado momento, passa a tentar fazê-lo com mentiras sobre a fidelidade de sua esposa Desdêmona com aquele alçado ao posto de tenente, Miguel Cássio. É sobre o raciocínio de Otelo para concluir sobre a infidelidade de sua esposa que se pretende analisar.

Advirta-se, desde logo, da impropriedade dessa comparação direta com aquele raciocínio feito no processo. Nessa situação, as emoções do marido traído acabam influenciando na avaliação que faz da prova, não havendo o grau necessário de isenção de ânimo para um julgamento racional. Entretanto, que a comparação sirva, ao menos, como elemento de demonstração dos perigos que os raciocínios em matéria de fato estão expostos, quando não são detalhadamente pensados.

Primeiramente, Iago se ocupa de construir a própria credibilidade perante Otelo e criar uma situação que destitua a confiança que este depositava em Cássio. Para isso, Iago aproveita-se da insuspeição de Cássio para embebedá-lo e orquestrar posição na qual ele deveria defender sua honra de maneira destemperada. Com isso, Cássio é afastado por Otelo e remói-se de pesar por sua conduta imprópria. Ciente da vergonha e das boas-intenções de Cássio, Iago aconselha-o a pedir que Desdêmona intervenha em seu favor de modo a sensibilizar o mouro de seu pedido.

Após organizar esses acontecimentos, Iago vai a Otelo apresentar furtivamente sua hipótese. Ele lança suas suspeitas baseando-se numa suposta proximidade que Desdêmona e Cássio demonstravam e no pedido que ela havia feito em benefício dele. Tais suspeitas são colocadas de forma a deixar Otelo inseguro sobre a fidelidade de sua mulher, pois Iago falava de modo a deixar subentendido que sabia de mais coisas que não estaria

³⁸⁴ CAVALONE, Bruno. Iago e la teoria della circumstantial evidence (secondo atto di una comparazione atipica). *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, v. LIV, n.4, ottobre-diciembre 1999, p. 1101-1114.

disposto a revelar para não atormentar seu comandante. Entretanto, deixa claro seu intento acusatório ao questionar o caráter de Desdêmona, que para desposar o próprio Otelo, havia ocultado tudo do próprio pai, agindo secretamente.

Diante de um Otelo atordoado, Iago ainda orchestra uma outra forma de convencê-lo da infidelidade da esposa. A esposa de Iago, Emília, cortesã e confidente de Desdêmona, surrupia lenço que Otelo havia dado como presente à esposa. A intenção dela era fazer uma cópia, pois Iago pedira há tempos que ela furtasse o lenço sem explicar-lhe as razões, mas ao mostrá-lo para Iago, ele toma o lenço à força e leva-o ao quarto de Cássio para fazer prova de sua alegação.

Iago utiliza mesmo os imprevistos em seu favor. Antes que tivesse a oportunidade de mostrar ao mouro que o lenço estava no quarto de Cássio, Iago chama-o a um encontro sob os olhares de Otelo, que acompanhava escondido. Iago põe-se a conversar com ele sobre Bianca, mulher que era apaixonada por Cássio, mas com a qual ele não queria casar. Iago conduz a conversa de modo a falar com Cássio sobre Bianca e fazer Otelo pensar que ele se referia a Desdêmona. Cássio afirmava que jamais casaria com ela, apesar dela espalhar o contrário nos círculos sociais. Ato contínuo surge Bianca ostentando o referido lenço, o qual havia obtido no quarto de Cássio. Dizia que suspeitava pertencer a uma das amantes de Cássio, e que, por isso, o devolvia.

Esse cenário de narrativas e elementos de prova foi suficiente para convencer Otelo da infidelidade de Desdêmona e Cássio, mas é preciso atentar que Otelo trai a si mesmo ao sucumbir ao ciúme que lhe despertou Iago, abrindo mão de algo que muito valorizava na vida: o amor de sua esposa. Não foi sem motivos que tão logo foi importunado com as suspeitas de Iago, confrontou-lhe em tom áspero: *“Faz com que eu veja, ou pelo menos prova-o de maneira tal que a dúvida não encontre sombra ou parede a que agarrar-se!”*³⁸⁵

Enquanto goza de suas faculdades, Otelo sustenta que é necessário proteger aquilo que lhe é valioso das acusações questionáveis, mesmo quando a hipótese levantada seja aquela considerada mais provável dentre outras possíveis. Ainda que ciente sobre como proceder para agir em situações como essa, mesmo uma pessoa experiente, reconhecidamente equilibrada e acostumada com situações de pressão pode sucumbir. Obnubilado pelo ciúme, pelo medo da desonra, pelo engodo de que imaginava ser vítima,

³⁸⁵ SHAKESPEARE, William. *Otelo*. Rio de Janeiro: Otto Pierre Editores, 1979 (Col. Grandes Clássicos), p. 102

encaminhou sua história para longe de seu melhor julgamento, assassinando Desdêmona enquanto soluçava seus pesares.

Ao ceder a pressão de Iago para reduzir o critério de suficiência de maneira contrária ao valor que atribuía ao amor de Desdêmona, Otelo se utilizou, equivocadamente, da técnica de decisão: distribuiu os riscos com base nas impossibilidades de comprovação do caso e arrependeu-se, suicidando-se por desgosto após inquirir testemunhas e levantar adequadamente os fatos.³⁸⁶

O problema quanto a utilização dos critérios de suficiência no processo seguem a mesma lógica, por meio da qual se deve estar sempre atento a qual distribuição do risco deverá ser utilizada conforme a valorização dos bens jurídicos envolvidos. Ainda que se erre na apuração dos fatos, a utilização dos critérios de suficiência cria justificativas essenciais para as decisões, que as sustentam mesmo diante de falhas. Ignorar os critérios de suficiência abre as portas, como no Otelo, para tragédias que visam controlar na decisão sobre direitos.

Permitir que inocentes sejam condenados por crimes, que consumidores tenham que fazer provas definitivas para verem seus direitos mais simples respeitados, que a proteção ao meio ambiente possa sucumbir a indícios de sua preservação são tragédias para o direito. São formas de diminuir sorrateiramente a proteção que lhes são destinadas no plano das leis. O juízo de fato precisa ser uma parte importante da disciplina jurídica dos bens jurídicos na medida que sua abertura para arbitrariedade e subjetivismo colocam em perigo toda a construção feita para proteção de determinados valores pelo ordenamento jurídico.

Esse campo de argumentação do direito não apenas reduz as possibilidades de erro em relação a verdade dos fatos, mas viabiliza uma decisão legítima, justificada, que neutraliza qualquer eventual falta de correspondência com o ocorrido. Mesmo diante do erro será possível sustentar a medida como precaução inspirada pelos valores subjacentes e diante do verdadeiro drama que é o conhecimento de fatos passados. Tal qual a razão prática, o direito também tem a necessidade de utilizar critérios como esses para autorizar suas decisões e viabilizar justificativas quanto a suficiência da prova.

³⁸⁶ O argumento de Iago para redução dos critérios de suficiência foi a impossibilidade de apresentar provas cabais, recorrente dentre os casos jurídicos. “Iago: Senhor, vejo que és juguete da paixão e já me vai pesando minha franqueza. Queres provas?/ Otelo: Não as quero, tê-las-ei!/ Iago: E podes tê-las. Mas que gênero de provas? Queres vê-los juntos? Que grosseria! [...] Considero que havia de ser difícil surpeendê-los em tal ocasião. Grande cuidado terão em ocultar da vista de todos as suas carícias adúlteras. Que provas bastarão para convencer-te? E como haverás de vê-los? Embora estivessem mais ardentes do que cabras ou lobos na época do cio, teriam de ser mais tolos e incautos do que a própria estupidez. Seja como for, ainda que eu não possa dar-te provas evidentes, tenho indícios que podem levar-te ao conhecimento da verdade.” (Ibid., p. 104).

Conclusão

§1. *Sobre a busca pela verdade como fundamento da ação.* Logo à abertura desse estudo, fez-se referência a uma frase do pensador francês La Rochefoucauld, a qual afirmava: “*a verdade não faz tão bem ao mundo quanto suas aparências lhe fazem mal*”. Essa colocação já anunciava os propósitos da investigação em relacionar sondagens a respeito dos limites do conhecimento humano com a necessidade de apresentar justificativas às decisões a serem tomadas em relação a problemas práticos, questão permanente das reflexões jurídicas sobre a prova. Agora, retoma-se essa abordagem para resumir o posicionamento apresentado quanto ao impasse que envolve as decisões e os diversos desenvolvimentos decorrentes desse posicionamento.

A referida assertiva indica uma ambiguidade em relação à idéia de verdade: ao mesmo tempo em que se percebe a impossibilidade de encarar esse conceito de forma absoluta, especialmente quando se pretende agir em relação a um problema, tampouco é desejável submeter tais decisões a meras aparências carentes de confirmação adequada. La Rochefoucauld resume a grande questão epistemológica que acomete todas as investigações voltadas às decisões práticas. Não seria possível, seja qual for a perspectiva epistemológica utilizada, conceber decisões legítimas quando os enunciados sustentados deixam de alcançar uma confirmação definitiva.

Ao estudar a estrutura do raciocínio epistemológico em suas abordagens mais comuns, percebe-se que a filosofia contemporânea verificou exatamente que nenhuma delas é talhada para oferecer respostas inquestionáveis sobre os objetos que investigam. Foi possível perceber que as diferentes abordagens buscam estratégias de legitimação para suas conclusões baseadas sempre na experiência, com teorias diferentes sobre como alcançar esse apoio. Entretanto, nem sempre a experiência disponível para sustentar tais enunciados se afigura satisfatória ao considerar o uso prático desses argumentos, diante dos poucos níveis de confirmação que atinge.

Diante disso, surge a necessidade de se estipular mais critérios para balizar as decisões que envolvem a investigação dos fatos. Esses raciocínios precisam de estratégias de legitimação que contem com mais do que a busca pela verdade, de modo a prover orientações sobre a medida das comprovações a serem efetuadas em cada caso. Assim, os juízos de fato têm de buscar fora dos raciocínios epistemológicos critérios de decisão que

possibilitem verificar o grau de confirmação necessário e compatível com cada assunto analisado para evitar arbitrariedades na confirmação de cada versão analisada.

A partir dessa observação, suatentou-se a necessidade de incluir, em todo o raciocínio epistemológico voltado a questões práticas, elementos axiológicos destinados a cumprir o papel de orientar o grau de suficiência a partir do qual seria possível reputar comprovado um enunciado empírico. Esse elemento tem a finalidade de distribuir os riscos da comprovação de maneira a reconhecer a importância que se dá a determinados valores envolvidos na questão prática subjacente. Todas as vezes em que se reconhece a primazia de um valor em relação aos outros envolvidos na discussão, resta impossível se satisfazer com comprovações fracas a seu respeito. Exigir maiores elementos de confirmação é uma maneira bastante eficiente de proteger os valores que se distinguem em determinados contextos. Esse mecanismo funciona como um aumento de encargos de comprovação àqueles que pretendem obter decisões que superem as barreiras impostas pela a distribuição do risco.

Não se pretendeu, com isso, apresentar nenhuma novidade em termos de raciocínio prático, apenas explicitar todos os passos de sua constituição da mesma forma que há muito se pratica como maneira de alcançar melhores resultados no planejamento dos institutos jurídicos sobre o assunto. É bastante comum se ponderar os ganhos envolvidos na discussão mediante a estipulação de grau de confirmação a ser satisfeito pelas hipóteses empíricas apresentadas. Sempre que se está diante de decisões importantes, capazes de causar grande impacto em relação aos valores admitidos como dignos de serem defendidos, é comum demandar um conjunto probatório mais firme ao optar entre as alternativas disponíveis.

§2. *Sobre a consideração da matéria de fato em questões práticas.* Com o objetivo de demonstrar a importância da utilização desses critérios de suficiência dos raciocínios epistemológicos, a remissão a Otelo é mais do que um bom exemplo. A obra de Shakespeare, talvez interessada em demonstrar que mesmo os homens mais experientes podem ser derrotados por atitudes imponderadas, apresenta situação em que um desfecho trágico sucede um erro no emprego do referido argumento. Apesar de amar Desdêmona, Otelo se deixa levar pelas comprovações forjadas por Iago, passando a acreditar que ela cometia adultério, infligindo-lhe a morte como castigo.

Para tomar sua decisão, Otelo, além de não dar adequada oportunidade de defesa à Desdêmona, trai a racionalidade acima descrita, ao não atribuir critério de decisão

compatível com o bem que estava em jogo. Eis a tragédia: Otelo aceitou uma comprovação fraca para decidir se acreditava no amor de sua mulher, que valorizava acima de tudo. Logo após o castigo imposto a sua esposa, Otelo resolve dar ouvidos a testemunhos sobre o assunto, descobrindo o quão frágeis eram as comprovações que supunha ter. De uma vez descobre que não só Desdêmona lhe era fiel, mas também que Iago o induzia a erros de julgamento. Devastado, resolve tirar a própria vida ante as consequências de seu engano.

A tragédia é um modelo literário destinado a enfatizar determinados valores por meio de sua estrutura. Desenvolve uma trama, que inclui sempre personagens caracterizados por sua bondade e nobreza, em episódios que o levam a conflitos sobre sua virtude, visando a um desenlace arrebatador. Essa ordenação se dá de forma conveniente a produção final de uma catarse, ou purificação, que consiste na neutralização dos sentimentos arrebatadores que se digladiavam durante a trama, dando lugar a um novo sentimento equilibrado, que confere uma lição aos espectadores obtida por meio dos erros do herói. Resulta num receio prudente a pautar ações parecidas, conferindo orientações morais sobre como se deve agir na vida prática.³⁸⁷

Essa tragédia em particular pode ser lida no intuito de auxiliar na caracterização do raciocínio proposto para os juízos de fato. Shakespeare mostra com um exemplo dramático as consequências de não se levar em conta os valores envolvidos em determinada questão quando da investigação do ocorrido. Não se pode duvidar, tudo indica, da importância da inclusão de critérios axiológicos na decisão sobre fatos atinentes a uma discussão prática.

Assim também todos os raciocínios aplicados no cotidiano das decisões práticas envolvem esses elementos típicos, que acompanham sempre, por coerência, os princípios assumidos por cada um. Ao isolar as variáveis desse tipo de argumento, torna-se possível perceber as etapas obrigatórias que percorre e os diversos âmbitos passíveis de regulamentação para uma condução mais adequada.

§3. *Argumentação em matéria de fato nos processos judiciais.* Essa construção sobre os raciocínios práticos encontra um papel importante no direito, não apenas por operar pelos mesmos mecanismos, como também, por ser condição determinante para legitimidade de suas decisões. Partindo do pressuposto de que as discussões jurídicas são espécies de raciocínio prático, mesmo em relação à cognição dos fatos, resta óbvio que tais critérios de

³⁸⁷ NUNES, Benedito. *Introdução à filosofia da arte*. 5a. Ed., 2ª. Reimpressão. São Paulo: Ática, 2009, p. 28-29.

decisão também precisam ser considerados nessas discussões. O direito não apresenta nenhum elemento diferente nesse particular, sendo correta a equiparação das situações diante da percepção de que, também nessa seara, os valores discutidos se fazem importantes.

É preciso considerar ainda que, em face das funções que o direito assume na sociedade contemporânea, esse elemento de distribuição do risco se torna central para a legitimação das decisões sobre fato. Ciente do alcance e da irreversibilidade que o desenvolvimento tecnológico confere às ações humanas, a regulamentação da sociedade tem como um de seus objetivos principais salvaguardar situações jurídicas específicas, diante dos riscos aos quais ficam expostas em cada decisão a ser tomada. Diversos são os mecanismos para alcançar esse objetivo, dentre os quais se pode citar a utilização dos critérios de suficiência relacionado com juízo de fato.

Daí porque é fundamental para a legitimação das discussões jurídicas uma discussão sobre os critérios de suficiência como categoria autônoma da argumentação em matéria de fato, a qual precisa de uma disciplina unificada pela dogmática processual. O desenvolvimento desse tema expressa uma necessidade premente em disciplinar, de alguma maneira, os termos da cognição defendidos sobre a rubrica de livre convencimento, que apenas institui elementos demasiadamente vagos para orientar a atividade investigativa desempenhada no processo. É diante desse problema que o tema assume relevância, buscando orientações de conteúdo para essa decisão.

Parece que os critérios de suficiência reconhecidos nas legislações da tradição continental e da tradição anglo-americana alcançam esse objetivo. Analisando seus conceitos, permitindo a discussão e comparação das soluções que propõem, é possível vislumbrar um complemento imprescindível para que esse tipo de decisão possa ser tomada sem confiar apenas em argumentos sobre o real, mas, sim, em justificativas racionais sobre o quanto se deve exigir da comprovação. Essa dimensão das reflexões que se faz a respeito da matéria empírica atende, a um só tempo, tanto aos anseios do procedimento em incluir orientações ao juízo de fato para combater eventual subjetividade em suas manifestações, como também aos anseios do direito material em distribuir adequadamente os riscos de erro judiciário envolvidos nas decisões que tutelam cada bem jurídico.

Considerando esses pressupostos, a idéia foi tentar pavimentar o caminho em direção a uma nova leitura do juízo de fato nos processos judiciais submetidos ao livre convencimento. O objetivo foi identificar que tais construções não podem depender exclusivamente de abordagens epistemológicas para julgar essas questões, sob pena de não oferecer elementos suficientes para uma adequada tutela jurisdicional. Não obstante a

dogmática tradicionalmente reconhecer esse tipo de argumento dentre suas previsões normativas, dificilmente o compreendia como categoria isolada e determinante para legitimação do juízo de fato. Ao contrário, essas previsões, constantemente, careciam de maior desenvolvimento justamente porque seus propósitos não eram adequadamente percebidos, ou, pelo menos, não adequadamente enunciados na prática e doutrina jurídica da tradição continental. No máximo, eram tidas como elementos pouco precisos, e mesmo dispensáveis, da retórica judicial.

§4. Desenvolvimento dos critérios de suficiência como proposta dogmática. Ao descortinar o papel desses elementos do raciocínio de maneira geral e a função que desempenham no direito contemporâneo, pretendem-se novas discussões sobre a utilização desses no estudo do direito processual no Brasil.

Certamente institutos como as presunções e o ônus da prova, encontram novas perspectivas de expansão, a partir da consideração dessa modalidade denominada critério de suficiência. A afirmação da obrigatoriedade da consideração desses critérios talvez seja a mais contundente das afirmações que essa pesquisa pode fazer. Ao se referir a trabalhos escritos sobre diferentes ordenamentos jurídicos, foi possível perceber que, ainda quando não são destacadas referências explícitas a esses critérios de suficiência, eles acabam por ocupar espaço relevante nas normas legais acerca da prova jurídica. Todos os ordenamentos, de uma maneira ou de outra, com critérios mais ou menos precisos, fazem referência a essa categoria ainda que não se preocupem em sistematizá-la de maneira mais extensa.

Foi por causa dessa diferença que se buscou, na experiência norte-americana, argumentos que instassem a comparação entre as previsões lá estabelecidas e aquelas identificadas no ordenamento jurídico brasileiro de orientação continental. Por razões de formação histórica, esses países traçaram caminhos díspares no tratamento da matéria que hoje se encontram em posição de se reconciliar, a partir de algum esclarecimento sobre as razões que as originaram. A cultura jurídica norte-americana, ao se basear em idéias mais claras referentes à probabilidade, acabou por ampliar o debate a cerca dos critérios de suficiência, chegando a conclusões bastantes sedimentadas a respeito do assunto, às quais os ordenamentos da tradição continental, compreensivelmente, sequer tinham como problema. Entretanto, se aceitos os pressupostos indicados por esse trabalho, desaparecem as diferenças a respeito da consideração desses critérios.

Nesse espírito foram, levados a sério os argumentos oriundos da formulação norte-americana, a respeito da sistematização e dos desdobramentos dos critérios de

suficiência, com o propósito de testar as noções construídas na prática brasileira, buscando vislumbrar o melhor perfil dogmático dessas construções em relação aos institutos jurídicos nacionais. Em nenhum momento, pretendeu-se subvalorizar qualquer experiência a respeito do assunto, mas analisar as razões que as sustentam em cada ordenamento. É desse modo que se chegou a conclusão de que o critério de provas preponderante deve se tornar básico a todos os casos em que sejam discutidas relações jurídicas materiais em que os bens jurídicos envolvidos mereçam igual consideração. Foi também com base nessa análise que se sustentou que a formulação atual dos critérios de suficiência é mais adequada e desperta menos dúvidas nos países de tradição continental do que naqueles de onde são originários, por aparelharem melhor o sistema de julgamento pela justificação da decisão jurisdicional em relação às decisões imotivadas dos jurados.

Assim, a tentativa de sistematização dos critérios de suficiência se distancia de uma mera imitação de instituições previstas em outras plagas, para se centrar em construções tidas por adequadas às necessidades argumentativas em matéria de fato e à coerência em relação ao ordenamento jurídico brasileiro. Essa aproximação verificou não existirem tantas diferenças entre as soluções apresentadas aqui e alhures, abrindo caminho, também nesse particular, para a inevitável integração das tradições jurídicas ocidentais. As discussões relacionadas a comprovação dos fatos, ao menos no que diz respeito aos critérios de decisão, estão mais próximas do que se supunha.

Os critérios de suficiência, enfim, servem para orientar as decisões de fato a lidar com os riscos da comprovação com os quais se depara. Trata-se de um mecanismo de dogmatização de seu objetivo, que se encontra, a meio caminho, entre as instituições processuais e o direito material. Representa a vinculação entre esses dois planos da reflexão jurídica nos quais precisam ser conjuntamente consideradas para oferecer respostas legítimas aos pleitos que lhe são dirigidos.

Em busca da legitimação das decisões sobre o fato, é indispensável considerar sempre os limites do conhecimento humanos. Isso não significa ser cético em relação à possibilidade de alcançar um conhecimento racional acerca dos fatos, mas de adentrar em suas peculiaridades e perceber os perigos que assertivas dessa natureza guardam em seus interiores. Postular critérios de suficiência para esse tipo de considerações reabilita o campo de legitimação axiológico, que é verificado nas lacunas da razão epistemológica e a ela serve de complemento. A moralidade também tem uma função nesses juízos ao resguardar bens valiosos de riscos exagerados.

Reconhece-se, dessa maneira, a relação de complementaridade entre razão epistemológica e razão axiológica como elementos fundamentais do mesmo argumento. Este trabalho procurou cuidar da identificação e sugerir alguns pequenos desenvolvimentos ao critério axiológico. Um próximo passo exigiria o aperfeiçoamento das construções epistemológicas, tão abandonadas pelo direito processual e pela prática jurídica.

§5. *A busca pela legitimidade das decisões judiciais.* Centrado nos meandros da razão, esse trabalho não se ocupou dos respeitáveis argumentos céticos quanto às possibilidades do conhecimento e do desenvolvimento da razão. Na teoria jurídica, ganha espaço abordagens de inspiração sociológica a respeito da noção de legitimidade. Parecem sugerir que a razão desempenha um papel secundário para alcançar esse objetivo.

Isso porque se toma o conceito de legitimidade como aceitação efetiva da comunidade acerca de uma decisão, considerando a situação a que se dirige. É exatamente esse o fundamento último do juiz Bridoye para jogar seus dados ao julgar os casos que lhe eram submetidos. Essa personagem está cética em relação à construção racional de uma solução capaz de alcançar consensos legitimadores. No mesmo sentido, é possível defender o ceticismo em relação à racionalidade das investigações e decisões sobre fatos. E nem é preciso recorrer às teses subjetivistas de Jerome Frank para perceber essa tendência. No processo atual, tanto em sua prática quanto em suas reflexões acadêmicas, paira a ameaça desse modelo de legitimação. Centrando seus objetivos em termos de efetividade e seus mecanismos de atuação na pessoa do juiz, o processo se afasta da noção de argumentação racional como condição de legitimação de suas decisões para tentar alcançar, com simulacros de raciocínio, a estabilização da sociedade.

Esse é um pressuposto que não pode ser, de maneira alguma, aceito por esse estudo. A razão, embora transformada inúmeras vezes no último século, não é um projeto que se possa abandonar, sem custar à sociedade moderna suas principais características. A legitimidade depende da aceitabilidade justificada de cada decisão, buscando-se, sempre na razão, os fortes vínculos proporcionados pelas modalidades de consenso que é capaz de oferecer. Na sociedade complexa, em que desaparecem modelos definitivos de racionalidade, as justificativas precisam ser sempre aperfeiçoadas, como expressão da verdadeira democracia.

A discussão travada no processo judicial nada mais é do que uma decorrência dessa mesma construção. Sua lógica deve atender, sempre, o ideal de aceitabilidade exigido pelas instituições democráticas, e, assim, pautar suas atuações em argumentos estruturados

segundo justificações adequadas. Também o juízo de fato deve ser construído a partir desses pressupostos. Foi exatamente isso que se tentou proporcionar nesse trabalho. Uma mirada legítima nesse pequeno âmbito de desenvolvimento das instituições democráticas.

Dentre todos os fundamentos possíveis para sustentar essa perspectiva, ao fim e ao cabo, restam os versos sábios e sensíveis de Fernando Pessoa, em seu “Cancioneiro”:

“Guia-me a só razão./ Não me deram mais guia./ Alumia-me em vão?/ Só ela me alumia.”

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Coord. Trad. Alfredo Bosi; Rev. Ivone Castilho Benedetti. 4ª. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Introdução Cláudia Toledo. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 2ª. Ed. São Paulo: Landy, 2005.

_____. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros: 2008.

ALLEN, Ronald J.; CALLEN, Craig R. Judicial management of factual uncertainty. *The international journal of evidence & proof*. Vol. 7, 2003, p. 1-30.

ALLEN, Ronald J. Presumptions in civil actions reconsidered. *Iowa Law Review*, n. 66, 1980-1981, p. 845.

_____. The reconceptualization of civil trials. *Boston University Law Review*, vol. 66, 1986, n. 3-4.

ALMEIDA, Cândido Mendes. *Ordenações e leis do Reino de Portugal*. Edição fac-similar da 14a. ed. de 1870. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 647.

AMODIO, Ennio. Libertà e legalità della prova. *Rivista italiana de diritto e procedura penale*. Milano: Giuffrè, anno XVI, 1973, p. 310-339

_____. Prove legali, legalità probatória e política processuale. *Rivista italiana de diritto e procedura penale*. Milano: Giuffrè, anno XVII, fasc. 2, aprile-giugno, 1974, p. p.373-376.

ARENHARDT, Sérgio Cruz. A verdade substancial. *Gênesis – Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, n. 3, 1996.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2006.

_____. Sobre la argumentación em materia de hechos: comentario critico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez. *Jueces para la democracia*. Madrid: vol. 22, n. 2, 1994.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. *Ônus da prova em processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BALL, V.C. The moment of truth: probability theory and standards of proof. In: *Essays on procedure and evidence*. Thomas G. Roedy Jr. & Robert N. Covington Ed., 1961, p. 84-107.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10ª ed., v. I, Rio de Janeiro, Forense, 1998.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a prova. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 35, jul-set., 1984.

_____. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. In: *Temas de direito Processual – 2ª Série*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. As presunções e a prova. In: *Temas de direito processual – 1a. série*. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. Neoprivatismo no processo civil. In: *Temas de direito processual – 9ª série*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 22, abril/junho, 1997.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Trad. De Jorge Navarro, Daniel Jiménez, Maria Rosa Borrás. Paidós: Barcelona: 1988.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: a influência do direito material sobre o processo*. 2ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutela sumária e de urgência*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Poderes instrutórios do juiz*. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BENETI, Sidnei A. Falam os juízes na pesquisa da AMB. In: SADEK, Maria Tereza (org). *Magistrados: uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

BILLIER, Jean Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. Trad. Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005.

BOBBIO, Norberto. Análise funcional do direito. In: *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. São Paulo: Manole, 2006.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Novas tendências do direito processual: uma contribuição para seu reexame. In: *Teses, estudos e pareceres*. São Paulo: RT, v. 1 (direito de ação, partes e terceiros, processo e política), 2005.

BRASIL. MINISTÉRIO DA FAZENDA. Reformas microeconômicas e crescimento econômico de longo prazo. Brasília: 2004. Disponível em <http://www.fazenda.gov.br/spe/publicacoes/reformasinstitucionais/estudos/Texto_VersaoFinal5.pdf>; Acesso em: 20/07/2009; p. 71 e seguintes.

CALAMANDREI, Piero. Il giudice e lo storico. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, v. XVI, n.1, 1939, p. 105-128;

_____. *Estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1961.

_____. Verità e verosimiglianza nel proceso civile. In: *Opere Giuridiche*. Napoli: CEDAM, vol. V, 1972, p. 615-640.

CAMBI, Eduardo. Divergência jurisprudencial: inversão do ônus da prova e o ônus de antecipar o pagamento dos honorários periciais. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, n. 45, p. 130-139.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 143 e seguintes;

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 15-29 e 75-159.

CAPPELLETTI, Mauro. Ritorno al sistema della prova legale? *Rivista italiana de diritto e procedura penale*. Milano: Giuffrè, anno XVII, fasc. 1, gennaio-marzo, 1974.

CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. 2ª. Ed. (tradução da 2ª. Ed. Italiana, 1947) Buenos Aires: Depalma, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. Verdade, dúvida e certeza. *Gênesis – Revista de Direito Processual Civil*. Tradução: Eduardo Cambi. Curitiba: Gênesis, n. 9, 1998.

CARPES, Arthur Thompsen. Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório. In: KNIJNIK, Danilo (org). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CAVALONE, Bruno. Iago e la teoria della circumstantial evidence (secondo atto di una comparazione atípica). *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, v. LIV, n.4, ottobre-diciembre 1999, p. 1101-1114.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3ª. Ed. Campinas: Bookseller, v.1, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 23ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CLERMONT, Kevin M; SHERWIN, Emily. A comparative view of standards of proof. *American Journal of Comparative Law*. Vol. 50, 2002.

CLERMONT, Kevin M. Procedure's magical number three: psychological bases for standards of decision. *Cornell Law Review*, n. 72, vol. 1115, 1987.

_____. Standards of proof in Japan and United States. *Cornell International Law Journal*. n. 37, 2004.

COHEN, Laurence Jonathan. *The probable and the provable*. Oxford: Clarendon Press, 1977.

_____. Some Historical Remarks on the Baconian Conception of Probability. *Journal of the History of Ideas*. University of Pennsylvania Press, vol. 41, n. 2, Apr. - Jun., 1980.

COLE, Simon A.; DIOSO-VILLA, Rachel. Investigating the “CSI effect”: media and litigation crisis in criminal law. *Stanford Law Review*, vol. 61, 2008-2009.

CUNHA, Leonardo José Carneiro. Breves notas sobre a regra da identidade física do juiz. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 234.

CUNHA, Manuela Carneiro. *Os direitos do índio - ensaios e documentos*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987.

DAMASKA, Mirjan R. Evidentiary barriers to conviction and two models of procedure: a comparative study. *University of Pensilvania Law Review*, v. 121, 1973, p. 507-589.

DENTI, Vittorio. L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei. *Rivista de diritto processuale*. Padova: Cedam, Ano XXX, n. 1, gennaio-febbraio, 1965, p. 31-70.

DIAS, Jean Carlos. A repercussão processual dos princípios ambientais prudenciais no ônus da prova nas ações ambientais. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Oliveira Rocha, n. 29, 2005, p. 67-74.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. Salvador: Jus Podivm, 2007, 67-70.

DIDIER JR. Fredie. *Regras processuais no novo código civil: aspectos da influência do Código Civil de 2002 na legislação processual*. 2a. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 39.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 5ª. Ed. São Paulo: Malheiros, vol. III, 2005.

DUARTE, Moacyr. O problema do risco tecnológico ambiental. In: TRIGUEIRO, André (coord). *Meio ambiente no século XXI: 21 especialistas falam da questão ambiental nas suas áreas de conhecimento*. Rio de Janeiro: Sextante, 2003, p. 245-257.

FÁBREGA P., Jorge. Influencia de Jeremías Bentham en el derecho probatório. In: *Teoría general de la prueba*. Panamá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2000.

FABRÍCIO, Aldroado Furtado. Fatos notórios e máximas de experiência. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 376, novembro-dezembro 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. Roma: Laterza, 1990, p. 126-135.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 310 e seguintes.

_____. Indício de prova e cartel. *Estudos – Documentos, nº 24, Reunião do Conselho Superior de Assuntos Jurídicos e Legislativos da FIESP/CIESP em 27/03/2003*. Disponível em <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/112>>. Acesso em: 19/05/2009.

FERRER BELTRÁN, Jordi. Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales. *Jueces para la democracia*. Madrid: vol. 47, 2003.

_____. *Preuba y verdad em el derecho*. 2ª. Ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.

_____. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 91 e seguintes.

FINKELSTEIN, Michael O.; FAIRLY, William B. A Bayesian approach to identification evidence. *Harvard Law Review*, n. 83, vol. 3, 1970, p. 489-496,

FISS, Owen. A burocratização do judiciário. In: *Um novo Processo Civil: estudos norte americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Coord. Trad. Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 163-203.

FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação na prática*. São Paulo: RT, 2009.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3ª. Edição. 4ª. Reimpressão. Rio de Janeiro: NAU/PUC-RJ, 2008.

FURNO, Carlo. Teoria de la prueba legal. Trad. Sergio Gonzalez Collado. *Revista de derecho privado*. Madrid: 1954.

FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GABBAY, Daniela Monteiro. *Pedido e causa de pedir*. São Paulo: Saraiva, 2010 (Coleção direito, desenvolvimento e justiça. Série Produção Científica).

GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS. *Juger en Amérique et en France: culture juridique française et common law*. Paris: Odile Jacob, 2003, p. 123-130.

GIDI, Antônio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, v. 10, 1994, p. 35.

GIULIANI, Alessandro. Prova (filosofia del diritto). *Enciclopedia del diritto*. Varese: Giuffrè, vol. XXXVII, 1988, p. 526 e seguintes.

_____. L'ordo judiciarius medioevale. *Rivista di Diritto Processualli*. Milano: Giuffrè, ano XLIII, n. 03, lug-set, 1988.

_____. Le role du "fait" dans la controverse (à propos du binome "rhétorique-procedure judiciaire"). *Archives de philosophie du droit*. Paris: Dalloz/Sirey, t. 39 (le process), 1995, p. 232.

GIVERDON. The problem of proof in French civil law. *Tulane Law Review*, n. 31, 1956, p. 29 et seq.

GRINOVER, Ada P. Iniciativas instrutórias do juiz no processo penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 27, ano 7, julho-setembro/1999, p. 71-79.

GRINOVER, Ada P. et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 814-815.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997;

_____. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanóide. *Estudos em homenagem a professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 308-310;

HABERMAS, Jürgen. *Verdad y justificación*. Tradução de Pere Fabra y Luiz Diez. Madrid: Trotta, 2002.

HEÑIN, Fernando Adrián. Las pruebas difíciles. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 166, dezembro/2008, p. 71-83.

HUME, David. *Investigação sobre o entendimento humano*. Tradução de Alexandre Amaral Rodrigues. São Paulo: Hedra, 2009;

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n. 12, 1992.

IRTI, Natalino. *Dubbio e decisione*. Rivista di Diritto Processuale. Padova: CEDAM, v. LVI, n.1, gennaio-marzo 2001.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 206 e seguintes;

KNIJNIK, Danilo. *Recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: Estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo, RT, 2006, p. 942-951.

_____. *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: Livreria do Advogado, 2007, p. 24.

LAGIER, Daniel Gonzalez. Hechos y argumentos: racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal (I). *Jueces para la democracia*. Madrid: vol. 46, março/2003, p. 17-26;

_____. Hechos y argumentos: racionalidad epistemológica y prueba de los derechos em el proceso penal (II). *Jueces para la democracia*. Madrid: vol. 47, julho/2003, p. 35-51.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamago. 3ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

LAUDAN, Larry. *A confutation of convergent realism*. Philosophy of Science, Vol.48, No.1 (Mar/1981), p. 20-21.

_____. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n. 28, 2005, p. 95-113.

_____. *Truth, error and the criminal law: na essay in legal epistemology*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 29-62

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos; Editora Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008, p. 76.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 151-159.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 73.

LEITE, José Rubens Morato. Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 128-129.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.94-98.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, v. II, 1959.

LOMBARDO, Luigi. *La prova giudiziale: contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*. Milano: Giuffrè/Università di Catania, 1999.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2007.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Justiça e poder judiciário ou a virtude confronta a instituição. In: *Direitos Sociais: Teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006, p. 119-139.

LUHMANN, Niklas. *Legitimidade pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real, Brasília: UnB, 1980.

MACCORMICK, Neil. Narrativas jurídicas. In: *Retórica e o estado de direito*. Trad. Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACCULIFF, C. M. A. Burden of proof: degrees of beliefs, quanta of evidence or constitutional guarantees. *Vanderbilt Law Review*, n. 35, 1982, p. 1297.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5ª. Ed. São Paulo: RT, 2006, p. 203

_____. *Prova*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MENDONÇA, Daniel. Presumptions. *Ratio Juris*. Oxford: Wiley-Blackwell/Università di Bologna, Vol. 11, n. 4, december 1998, p. 407.

MICHAELIS: Dicionário da Língua Portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 2000.

MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA,

MONTEIRO, João. *Theoria do processo civil*. 5ª Ed. São Paulo: Acadêmica, 1936.

MONTELEONE, Girolamo. Alle origini del principio del libero convincimento del giudice. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, v. LXIII, n.2, 2008, p. 123-132.

MUELLER, Christopher B.; KIRKPATRICK, Laird C. *Evidence under the rules: texts, cases and problems*. 6th. Ed. New York: Aspen Publishers/Wolters Kluwer Law & Business, 2008, p. 678-679.

NEVES E CASTRO, Francisco Augusto. *Teoria das provas penais e suas aplicações nos atos civis*. Reedição da 2ª ed. da obra publicada em 1917. São Paulo: Cervanda, 2000.

NEW YORK TIMES. *Gulf of Mexico oil spill*. [S.I.]: 2010. Disponível em: <http://topics.nytimes.com/top/reference/timestopics/subjects/o/oil_spills/gulf_of_mexico_2010/index.html?scp=1-spot&sq=bp%20oil%20spill&st=cse>. Acesso em 02/12/2010.

NOBILI, Massimo. *Il principio de libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 1974.

NUNES, Benedito. *Introdução à filosofia da arte*. 5a. Ed., 2ª. Reimpressão. São Paulo: Ática, 2009.

O'HEAR, Anthony (org). *Karl Popper: filosofia e problemas*. Trad. Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Unesp/Cambridge, 1997.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2ª. Ed. Rev. Ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 156 e seguintes

_____. A garantia do contraditório. In: *Do formalismo no processo civil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 237.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2ª. Ed. São Paulo: Loyola, 2001, p. 71-92.

OST, François. Júpiter, Hércules e Hermes: tres modelos de juez. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 14, 1993, p. 169-194.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman).

PATTI, Salvatore. Libero convincimento e libera valutazione delle prove. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, ano XL, n. 3, luglio-settembre, 1985.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado de argumentação jurídica: a nova retórica*. 2ª. Ed. São Paulo, Martins Fontes, 2008.

PERELMAN, Chaïm. Evidência e prova. In: *Retóricas*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. Da prova em filosofia. In: *Retóricas*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PINHEIRO, Armando Castelar. *Judiciário, reforma e economia: a visão dos magistrados*. Disponível em <<http://epge.fgv.br/pt/files/1462.pdf>>; Acesso em: 20/07/2009.

POPPER, Karl. A lógica da investigação científica. In: *Pensadores – Karl Popper*. Tradução de Pablo Rubén Mariconda e Paulo de Almeida. São Paulo: Abril Cultural, 1980. (Coleção Pensadores).

RABELAIS, François. *O terceiro livro dos fatos e ditos heróicos do bom Pantagruel*. Tradução, introdução, notas e comentários Élide Valarini Olivier. Cotia/SP: Ateliê Editorial. Campinas: Unicamp, 2006.

REGLA, Josep Aguiló. Presunciones, verdad y normas procesales. *Revista Isegoría*. n. 35, jul-dec., 2006, p. 9-31.

ROCHA, João Carlos de Carvalho. *Direito ambiental e transgênicos: princípios fundamentais da biossegurança*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

RORTY, Richard. *Verdade e progresso*. Trad. Denise R. Sales. Rev. Marco Casanova. Barueri: Manole, 2005.

ROSEMBERG, Leo. *La carga de la prueba*. 2ª. Ed. Trad. Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002.

ROSITO, Francisco. *Direito probatório: as máximas de experiências em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. A prova e os modelos de constatação na formação do juízo de fato. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 157, março/2008, p. 51-71.

SALAVERRÍA, Juan Igartua. Prolongaciones a partir de Laudan. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n. 28, 2005, p. 141-150.

SALLES, Carlos Alberto de. Proteção judicial de direitos difusos e coletivos: funções e significados. In: SALLES, Carlos Alberto de. *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, 2003.

_____. Transição paradigmática na prova processual civil. ASSIS, Araken et. al. (coord.) *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 911-921.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 107 et seq.

SANSONE, Priscila D. A inversão do ônus da prova na responsabilidade civil. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 40, p. 129-169.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. IV, 1982, p.27.

_____. *Prova judiciária no cível e comercial*. 5a. Ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

SCHAUER, Frederick; SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. *The philosophy of law: classic and contemporary readings with commentary*. New York/Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 931.

SCHITTAR, Domenico Carponi. *Al di là del ragionevole dubbio e oltre: un tentativo di chiarezza sui principi*. Milano: Giuffrè, 2008. (Col. Il processo penale accusatorio).

SCHUM, David A. *The evidential foundations of probabilistic reasoning*. New York: Wiley-Interscience Publications, 1994, p. 82.

SENTÍS MELENDO, Santiago. *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: EJE, 1978.

SERRANO, José Luís. A diferença risco/perigo. In: VARELLA, Marcelo Dias (org). *Direito, sociedade e riscos: a sociedade contemporânea vista a partir da idéia de risco. Rede Latino-Americana e Européia sobre Governo de Riscos*. Brasília: UniCEUB, UNITER, 2006.

SHAKESPEARE, William. *Otelo*. Rio de Janeiro: Otto Pierre Editores, 1979 (Col. Grandes Clássicos).

SHAPIRO, Barbara J. “Beyond reasonable doubt” and “probable cause”: historical perspectives in anglo-american law of evidence. Berkley: University of California Press, 1991.

SILVA, Ovídio A. Baptista; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 4ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 303-307.

SILVEIRA, Renato Direito penal econômico como direito penal de perigo. São Paulo: RT, 2006, p.113-114.

SOUZA, Miguel Teixeira de. Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais: algumas reflexões sobre o dogma da apreciação prévia dos pressupostos processuais na ação declarativa. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 63, julho/setembro 1991, p. 64-83.

STEIN, Frederick. *El conocimiento privado del juez*. 2ª Ed. Trad. Andrés de la Oliva Santos. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, p. 29.

STEIN, Alex. Against free proof. *Israel Law Review*, n.31, 1997.

_____. *Foundations of evidence law*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

_____. Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n. 29, 2006, p. 249-271.

_____. Conocimiento científico y estándares de prueba judicial. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Distrito Federal de México: Universidad Autónoma de México, año/vol. XXXVIII, n. 114, 2005, p. 1297-1298.

_____. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

_____. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*. Tradução: Cândido R. Dinamarco. Curitiba: IBEJ, 2001.

_____. Presunzioni, inversioni, prova del fatto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, anno XLVI, n. 3, sett. 1992.

_____. Rethinking the standards of proof. *American Journal of Comparative Law*, n. 51, 2003, p. 659-677.

_____. Tres observaciones sobre “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, de Larry Laudan. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n. 28, 2005, p. 115-126;

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Princípios gerais do direito processual civil. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 23, 1981, p.186.

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo, RT, 2002, p. 242-243;

TOULMIN, Stephen Edelston. *Os usos do argumento*. Tradução de Reinaldo Guarany. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

TRIBE, Laurence H. Trial by mathematics: precision and ritual in the legal process. *Harvard Law Review*, n. 84, 1971.

TRICKETT, William. Preponderance of evidence and reasonable doubt. *Forum (Penn State Law Journal)*, vol. X, 1905-1906, p. 75-122.

TWINNING, William. Narrative and generalization in argumentation about question of facts. *South Texas Law Review*, n. 40, 1999, p. 351-366.

_____. Taking facts seriously. *Journal of Legal Education*, n. 34, 1984;

_____. Taking facts seriously again. *Journal of Legal Education*, n. 55, 2005.

UBERTIS, Giulio. La ricerca della verità giudiziale. In: *La conoscenza del fatto nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1992.

_____. *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*. Milano: Giuffrè, 1979.

ULLMANN-MARGALIT, Edna. On presumptions. *Journal of philosophy*, n. 3, 1983, p. 143-163.

VISHINSKI, Andrei. *La teoria de la preuba em el derecho soviético*. Buenos Aires: Editorial Nuevo Derecho, 1951, p. 250.

WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba: investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial*. Bogotá: Editorial Temis, 1985;

WHITE, Inés Lépori. Cargas probatorias dinámicas. PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori. (Coord.). *Cargas probatorias dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p.60-71.

WINTER JR, Ralph. The jury and the risk of nonpersuasion. *Law and Society Review*, n. 5, 1971.

WILLIAMS, C. R. Burdens and standards in civil litigation. *Sidney Law Review*, vol. 25, n.2, jun. 2003.

ZANETI JR., Hermes. Direito probatório, lógica jurídica e processo: a racionalidade prática procedimental e o retorno ao juízo. In NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 179-227.