

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO
PROFESSOR ORIENTADOR PÓS-DOUTOR DANILO KNIJNIK

STANDARDS DA PROVA
**Natureza jurídica, função e estrutura na perspectiva da tutela
dos direitos**

Cássio Benvenuti de Castro
Doutorando em Direito pela UFRGS

dezembro/2020

Para
MARIA IVONE BENVENUTTI CASTRO
todo o meu amor que existe nessa vida e
pela eternidade afora.
Do teu *rico filho* Cássio.

Resumo

A tomada da decisão sobre a prova consiste em uma prática solitária sob o ponto de vista intelectual do magistrado, mas que não pode ser intersubjetivamente incontrolável. A dificuldade operativa na plena aceitação do modelo do livre convencimento motivado decorre do foco dogmático que mais se preocupa com a justificação da decisão judiciária, porém, deixa por assentado o problema da seleção e graduação das premissas que levam à valoração da prova. O propósito dos standards da prova está na legitimação desse fluxo de conhecimento, porque esses enunciados funcionam como regras práticas de decisão que abarcam critérios visualizados desde o sistema jurídico e tem por fundamento a divisão do risco da falibilidade institucional entre os sujeitos no processo. O objetivo do trabalho é sistematizar a estrutura dos standards da prova, em especial, com uma metódica que organiza a dinamização das dimensões que sufragam a tutela dos direitos desde as fontes primárias até as técnicas encerradas no ordenamento. Além de um guia heurístico e justificacional para o julgador, os standards da prova valem como ferramentas para as partes sindicarem a validade da tomada da decisão sobre a prova, enfim legitimando o modelo do livre convencimento motivado desde a pressuposição compreensiva das premissas que condicionam a valoração da prova em direito continental.

Palavras-chave: processo; prova; standard; controle

Abstract

The decision about the evidence consists a solitary practice from the magistrate's intellectual point of view, but that cannot be intersubjectively uncontrollable. The issue difficulty in fully accepting the model of motivated free convincing stems from the dogmatic focus that is most concerned with the justification of the judicial decision, however, leaves the problem of the selection and grading of the steps that lead to the assessment of the evidence. The purpose of the standards of proofs is to legitimate this knowledge flow, because these statements function as practical rules of decision that gives rules viewed from the legal system and are based on the division of the risk of institutional fallibility among the subjects in the process. The objective of the work is to systematize the structure of the standards of proofs, in particular, with a method that organizes the dynamization of the dimensions that support the protection of rights from the primary sources to the techniques closed in the law books. In addition to a heuristic and justification guide for the judge, the standards of proofs are valid as tools for the parties to syndicate the validity of decision-making on the evidence, in short, legitimating the model of free conviction motivated from the comprehensive assumption of the conditions that the valuation of evidence in continental law.

Keywords: process; evidence; standard; control

Sommario

Prendere la decisione sulle prove consiste in una pratica solitaria dal punto di vista intellettuale del magistrato, ma che non può essere intersoggettivamente incontrollabile. La difficoltà operativa nell'accettare pienamente il modello del libero convincimento motivato deriva dall'attenzione dogmatica che più si preoccupa della giustificazione della decisione giudiziaria, lascia tuttavia il problema della selezione e graduazione delle premesse che portano alla valutazione delle prove. Lo scopo degli standard di prova è nella legittimazione di questo flusso di conoscenza, perché queste affermazioni funzionano come regole pratiche di decisione che comprendono criteri visti dal sistema legale e si basano sulla divisione del rischio di fallibilità istituzionale tra i soggetti nel processo. L'obiettivo del lavoro è quello di sistematizzare la struttura degli standard del test, in particolare, con un metodo che organizza la dinamizzazione delle dimensioni che supportano la tutela dei diritti dalle fonti primarie alle tecniche chiuse nell'ordinamento. Oltre a una guida euristica e giustificativa per il giudice, gli standard delle prove sono validi come strumenti per le parti per sindacare la validità del processo decisionale sulle prove, in breve, legittimando il modello di condanna libera motivato dall'assunzione esaustiva delle condizioni che condizionano la valutazione delle prove nel diritto continentale.

Parole chiave: processo; prova; standard; controllo

Abreviaturas

ADN	Ácido Desoxirribonucléico
Art.	Artigo
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
cit.	Citado
coord.	Coordenador
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
CTN	Código Tributário Nacional
DF	Distrito Federal
DJ	Diário da Justiça
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
Ed.	Edição
FRE	Federal Rules of Evidence
IME	Inferência para a Melhor Explicação
Inc.	Income
LIND	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
Ltd.	Limited
n.	número
org.	Organizador
p.	Página
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
RE	Recurso Extraordinário
SIDA	Síndrome da Imunodeficiência Adquirida
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
Trad.	Tradutor
v.	versus
VAR	Video Assistant Referee
vol.	volume

Sumário

Introdução	8
<hr/>	
CAPÍTULO 1	
Epistemologia e tomada de decisão sobre as provas	
<hr/>	
1 A verdade como correspondência (significado da verdade) e a coerência como critério	16
2 O direito fundamental à prova em perspectiva dinâmica	19
3 O triste fim do livre convencimento motivado(?)	29
4 Os elementos para uma decisão racional sobre a prova	39
4.1 A probabilidade (estatística, subjetiva e lógica) como esquema operativo tendencialmente epistêmico	45
4.2 A relevância e a admissibilidade do meio de prova. Em especial: a suficiência do <i>contexto probatório</i> como virtualidade jurídica com pretensão de correção material	53
5 Os standards da prova como regras práticas na tomada de decisão sobre a prova	59
CAPÍTULO 2	
A função política dos standards da prova	
<hr/>	
1 Uma classificação dogmática dos standards da prova	64
2 O ataque contra a dogmática dos standards da prova	72
3 O contexto probatório que aparelha a hipótese para a decisão	79
4 O tipo certo de fenômeno errado	83
CAPÍTULO 3	
A ciência como standard e a perícia como discurso	
<hr/>	
1 Os dados e os meios de prova: a natureza metaprobatória da perícia	93
2 Os critérios que estruturam o método pericial recepcionados pelo direito brasileiro	99
3 O exame de ADN <i>versus</i> a perícia psiquiátrica: qual racionalidade?	111
4 A tecnologia como nova prova real (prova instantânea ou prova flagrante)	118
5 A ciência como standard	122
CAPÍTULO 4	
A estrutura dos standards da prova na perspectiva da tutela dos direitos	
<hr/>	
1 As dimensões da tutela dos direitos como critérios para valoração	132
1.1 A hierarquia das hipóteses no esquema das fontes jurídicas	135
1.2 O interesse que se concretiza na repercussão da questão	142
1.3 A efetivação da técnica instrumentalizada pela tutela da posição jurídica	146
2 A <i>insuficiência</i> de uma relevância positiva dos meios de prova. Em especial: a metodologia da corroboração de hipóteses	154
3 Os standards da prova na perspectiva da tutela dos direitos	170
4 O dever judicial de esclarecimento sobre o standard da prova utilizado	175
Conclusão	180
<hr/>	
Referências	183

Introdução

A dogmática se preocupa com a necessidade de uma justificação formal das decisões judiciais em prejuízo de uma compreensão sobre as premissas que substancializam a motivação dos veredictos. Na tomada da decisão sobre as provas que se reportam a um enunciado de fato a experiência causa ainda maior perplexidade, porque o resultado “está provado que *p*” acaba sendo algo refratário a um criterioso controle instersubjetivo que pode e deve ser efetuado pelas partes e pelos tribunais em termos de valoração da prova¹ (sentido horizontal e vertical do controle).

Uma aparente impossibilidade do controle sobre a falibilidade do juízo sobre o fato é decorrente de uma série de aspectos. Em primeiro lugar, a matriz positivista separa quase em absoluto a questão de fato da questão de direito, então reservando um espaço de interpretação do fato que permanece alheio à vinculação da juridicidade. Em segundo lugar, um juízo sobre matéria de fato já subentende uma intrínseca dose de subjetivismo, sendo que a perspectiva nuclear dessa situação depende da imediação do julgador com a prova e, por decorrência, retira a possibilidade de serem sindicados os aspectos que lhe foram prevaletentes na instrução da demanda.

Na prática, as motivações judiciais se utilizam de máximas enunciativas como, por exemplo, “o juiz é o destinatário a prova”, “a discricionariedade judicial não pode ser tocada pela crítica das partes” ou os tribunais “supremos não podem *avaliar* a prova” (o que é diferente de *valorar* a prova). Enfim, tais expressões revelam um perigoso abuso de discricionariedade que descola a motivação dos falores reais do contexto probatório e das necessidades do direito material – na realidade se trata de enunciados que evidenciam o legado do tempo em que o *instituto da “jurisdição” estava no centro* da teoria do processo.

O atual art. 370 do Código de Processo Civil não destoa da literalidade do dispositivo análogo que constava no Código de 1973. No texto expresso da legislação, a maneira de pensar a decisão sobre a prova pode parecer ter estacionado no

¹ Embora a doutrina esteja começando a separar a *valoração* da prova da *decisão* sobre a prova – sendo que a primeira abarca a epistemologia e a segunda abarca a questão dos standards da prova –, o presente ensaio trata o “juízo de fato” ou a “tomada da decisão sobre a prova” como uma operação sincrética que “valora e decide”. Essa impostação é importante não apenas para chamar a atenção do teórico como para ressaltar aos práticos que inclusive em casos mais simples a questão *epistêmica* e a questão dos *standards* se fazem presentes de maneira sincrética. Essa comistão independe da cisão conceitual que eventualmente se sustenta.

mesmo paradigma de outrora – uma metodologia que não vislumbra os standards da prova como regras práticas de decisão. Mera aparência formal, tendo em vista a força normativa do constitucionalismo e as decorrências hermenêuticas e lógico-argumentativas promovem uma mais-valia na conceituação e na aplicação prática dos institutos jurídicos (questão de metodologia em sentido largo).

Também vale ressaltar que ainda existem presunções e regras de exclusão de prova nos regimentos processuais que são aplicáveis a qualquer sistema de valoração da prova – seja ao modelo da íntima convicção (júri), ao modelo da prova legal (art. 1.225 do Código Civil) ou ao modelo do livre convencimento motivado. Diferentemente dos demais, contudo, o sistema do livre convencimento motivado remete a análise das provas ao julgador, desde a conformação das provas em juízo, sendo que o magistrado tem a responsabilidade de avaliar se a *suficiência do contexto do probatório* é decisiva e substancialmente válida para o atingimento de uma solução institucional comprometida com a verdade alvitrada.

Em outras palavras, no sistema da íntima convicção ou no sistema da prova legal, a prova como “resultado” é de antemão derivada de fatores intuicionistas, psicológicos ou ideológicos que *não são escrutináveis* (ou dificilmente são sindicáveis) pelas partes na prática judiciária. De outro lado, pelo sistema do livre convencimento motivado, a ponte entre o contexto probatório e a decisão deve estar carregada de uma calculabilidade pragmática em termos de *epistemologia* e embasada em *normas jurídicas* que repercutem os *standards da prova – regras práticas de decisão que dividem o risco da falibilidade judicial entre as partes e estabelecem o grau mínimo de corroboração do contexto para se reputar algo como provado*. Esse referencial é paradigma que pode ser discutido e aperfeiçoado em contraditório material, tanto em termos de conteúdo estruturante como no sentido reparatório-justificacional da decisão conforme os standards.

O Código de Processo Civil de 1973 estabelecia no art. 131 que “o juiz apreciará *livremente* a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.” Com uma modificação literal e quase subliminar, o Código de Processo Civil de 2015 hoje determina no art. 371 que o “juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.”

No atual código não aparece a palavra “livremente”. Em razão disso, abalizada doutrina defende a ruptura com o modelo do livre convencimento moderado, propondo uma sistemática de “accountability” que para além de o juiz motivar o que fomentou a decisão, ele deve explicar os *motivos da respectiva compreensão*. Uma ampliação justificacional salutar e conteudista que *não quebra* a sistemática organizada pela persuasão racional – apenas lhe insere novas responsabilidades decorrentes do próprio sistema como totalidade coerente e compromissada com uma matriz procedimental-estruturante. Um desses encargos já está no bojo do próprio Código de Processo Civil, art. 489, §1º, que especifica uma série de premissas que devem ser enfrentadas na fundamentação da decisão judiciária. No mesmo sentido, a Lei 13.964-19 (Pacote Anticrime) conferiu nova redação ao art. 315 do Código de Processo Penal para a finalidade de otimizar a fundamentação da prisão cautelar.

A baixa colateral da estratégia juspositiva reside em focar estudos na motivação das decisões sob um aspecto procedimental-formal, mas acaba deixando de lado a racionalidade e a lógica que seleciona e faz confrontar as premissas contextuais encerradas na questão em julgamento. Não adianta autoimplicar poderes instrutórios ao juízo ou conferir empoderamento discricionário ao judiciário para que um meio de prova valha mais que outro se, na análise da suficiência do contexto probatório que aparelha a decisão que entrega a tutela do direito material não é colocado em pauta o paradigma que investe o *motivo da compreensão judiciária* – a estrutura da tutela dos direitos que são valoradas para servir de regras práticas de decisão (standards da prova). Ainda mais que a função e a estrutura do instituto são autoimplicantes (o que denota a importância de cada função como elo de um sistema coerente). Daí que a racionalidade de primeira ordem (que chama a atenção para os motivos da compreensão do juiz) deve levar em conta não apenas o formal-procedimentalismo, antes deve considerar o substancial-estruturalismo, ou seja, os fatores ou cânones que conferem substância e estrutura vinculativa porque jurídica aos standards da prova.

A epistemologia ganha importância como dimensão a ser inserida no contexto obrigatório do processo civil em capítulo referente à instrução e à decisão. Para Ferrer Beltrán, a epistemologia se trata de atividade neutral desde o ponto de vista valorativo e se vale de regras de racionalidade e de lógica². Um sentido transetorial divulgado por Larry Laudan, mas que estuda os problemas em torno dos conhecimentos

² FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 80.

dos fatos no marco do processo de maneira que equivale a uma filosofia da prova jurídica³. Assim, o primeiro capítulo aborda os fatores de suporte epistêmico que condicionam o juízo de fato. Uma decisão não é instantânea, ela percorre um fluxo de conhecimento *in itinere* sendo que o tecido epistemológico realmente influencia lógica e racionalmente a tomada da decisão, preparando a legitimidade do discurso.

O segundo capítulo desdobra a razão de ser dos standards da prova, a *função política* que imediatamente eles desempenham. Para *além da matriz eminentemente descritiva da epistemologia*, os standards demarcam um programa de reconstrução cultural dos fatos no processo a depender dos riscos de falibilidade no juízo de fato. A novidade foi conferir uma relevância aos aspectos normativos pelos modelos dogmaticamente consagrados, fazendo antever que todo o sistema jurídico se organiza para compensar e limitar os erros judiciais na tomada da decisão sobre a prova – os atores processuais ultrapassam a linha cognitivista do *objeto da valoração* (erro de solução referente o juízo de fato) para elaborar a *valoração do objeto-erro*, a disrupção metodológica que permitiu aprofundar o estudo à estruturação dos standards da prova na perspectiva da tutela dos direitos.

O terceiro capítulo assinala o paradigma para a elaboração da estrutura dos standards da prova na perspectiva da tutela dos direitos. A marca indelével do direito probatório está no crescente emprego da ciência no processo. Contudo, se os clássicos comparavam o trabalho do historiador⁴ ao raciocínio do magistrado, o juízo crítico do cientista da atualidade pode ser cotejado ao percurso decisório do juiz. Com as particularidades da respectiva ciência quer dizer que o perito (*tradutor processual* da ciência) analisa hipóteses que são pautadas por um contexto epistêmico e narrativo processual, atendendo a critérios peculiares para finalmente chegar a um resultado factível cujos erros são estimados e sobretudo escalonados pelo umbral do déficit cognitivo.

³ PÁEZ, Andrés. La epistemología y el derecho. In PÁEZ, Andrés (coord.). *Hechos, evidencia y estándares de prueba* (ensayos de epistemología jurídica). Bogotá: Universidad de los Andes, 2015, p. 2

⁴⁴ “A primeira ideia que vem ao espírito de alguém que ignora o direito é assimilar a ação do juiz, que deve formar uma convicção sob a materialidade dos fatos dos quais depende a solução do processo, à do historiador ou do detetive esforçando-se para reconstituir o passado”. O trabalho dispensa a noção de “convicção” para um melhor entendimento do que se reputa “aceitação” enquanto atitude proposicional, que se trata de atividade mental do juiz que se vale do contexto, da prática e de uma voluntariedade condicionada por esse arcabouço para chegar a uma conclusão com pretensão de objetividade. De qualquer maneira, a clássica analogia com o historiador parece ultrapassada. Ver PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 35.

Possível falar que a ciência adentra no processo como um standard e afirma uma lógica operativa que abarca critérios que permitem graduar a intensidade do coeficiente da verdade a depender da margem de erro cientificamente repaginada com o evoluir das experiências. A possibilidade de falseamento da opinião decisória é inversamente proporcional à intensidade desse standard científico que emprega diferentes objetos de valoração conforme a matéria discutida e outras premissas, ressaltando a figura do *caos da ignorância* – o “erro valorado” está encerrado na margem de discussão do standard e organiza um diálogo entre a probabilidade da hipótese e a razoável possibilidade de seu falseamento (apoio indutivo ou método de corroboração de hipóteses).

O derradeiro capítulo ensaia a estruturação dos standards da prova na perspectiva da tutela do direito, levando em conta a coerência virtuosa do sistema jurídico nacional. O esteio inicial descrito pela epistemologia e a ilustração da funcionalidade política da classificação gradul dos standards da prova demarca uma linha de convergência para a *valoração das tridimensões* da tutela dos direitos enquanto premissas para reconhecer a suficiência probatória do contexto. A descrição e a força das hipóteses que advém das fontes jurídicas somada à dinamização do interesse que concretiza essa predição são finalmente coordenadas à técnica que instrumentaliza a tutela dos direitos. Esses requisitos estruturais substancializam os standards da prova e servem à tomada de decisão sobre o contexto probatório como guias heurísticos e como justificações para legitimar o juízo de fato, a visão de mundo que eles abarcam tem como predicado a calculabilidade qualificada pela cultura (sopesando a corroboração de hipóteses e a refutação contrapreditiva) – em decorrência, uma perspectiva que permite visualizar o *como* fazer para identificar os standards da prova nos diferentes debates judiciais somado a uma questão de eminência metodológica que aplicação o instituto levando em conta a graduação da intensidade do contexto probatório.

Uma plataforma de idéias por intermédio da qual o novo Processo Civil permite um maior controle intersubjetivo na valoração da prova. Desde as premissas que constroem os standards da prova até o momento da respectiva aplicação do instituto na tomada de decisão sobre a prova.

CAPÍTULO 1

Epistemologia e tomada da decisão sobre as provas

A segurança jurídica da decisão implica um processo justo por intermédio do qual ocorre uma adequada investigação e julgamento das provas sobre os fatos. Essa operação não se completa pela habilidade intelectual, psicológica tampouco pelo intuicionismo do julgador, embora o art. 369 do Código de Processo Civil insista em asseverar a impositação da terminologia “convicção”.

Uma visão de totalidade entre a união do *contexto* da tomada de decisão e dos *elementos* para a tomada da decisão é necessária para assegurar a justiça na valoração do fato: o ponto de partida consiste na eleição de premissas aparelhadas por uma *força epistêmica* válida que venham a conformar um *suficiente contexto probatório*; com base nesse instrumental, o conjunto de provas poderá ser analisado por uma atividade prática (voluntária) e que não se desapegue da *aceitação* do magistrado enquanto proposição com foros de universalidade. Vale dizer que qualquer julgador nessas condições tomaria uma solução semelhante – pelo menos levando em conta a conformação do material probatório amealhado e os elementos jurídico-políticos que influenciam a avaliação de suficiência desse contexto (matrizes descritivos-conceituais embasadas pela epistemologia e cânones condicionantes de juridicidade pautados pelos standards da prova).

A epistemologia enquanto atividade neutra do ponto de vista valorativo elabora um contexto para a tomada de decisão sobre a prova. A metodologia qualitativa cuja tendência é reproduzir de maneira fiel o mundo real vem esboçada nesse primeiro capítulo através de uma série de momentos probatórios que refletem a preocupação de preservar a autenticidade e a integridade do contexto probatório. A força da prova na predição judicial colabora para dizer “como” se podem organizar cânones para subsidiar a estrutura dos standards da prova.

O fundamento e o sentido dos standards da prova, de outro lado, consistem em uma elaboração para *dividir o risco de falibilidade judicial entre as partes no processo, inclusive, graduando em escalas as diferentes intensidades probatórias ou os diferentes sequenciais de suficiência dos contextos probatórios para se reputar “algo como provado”*. Isso depende de escolhas jurídico-políticas que se

sobrepõem à epistemologia e são implicadas pelo cânone jurídico que aparelha o standard (questão da valoração do “erro” e decorrentes limitações e compensações com pretensão de correção material). Não basta saber *como* podem se organizar metodologicamente os standards da prova, mas é necessário verificar a *qualificação cultural* dos parâmetros utilizados na graduação do contexto probatório.

Em apertado resumo, a epistemologia fornece indicativos de lógica e de racionalidade nesse processo para distribuição dos riscos do erro judiciário entre as partes no processo, ela é *reativa* ao “como” separar a dúvida no dilema do erro judiciário. Todavia, a superposição de valores jurídicos define o “grau” de corroboração da hipótese para que algo seja reputado como provado.

Vale dizer que o programa de racionalidade⁵ na tomada de decisão sobre a prova judiciária congrega teses centrais que são ilustradas no primeiro capítulo (de maneira não exaustiva): o significado da (a) verdade como uma referência externa ao processo (o mundo real existe), embora ser “tido por verdadeiro” pela instituição possa não corresponder a uma verdade bruta-total; a ressalva do (b) direito fundamental à prova como um apanhado de diretrizes mínimas que vinculam toda a estrutura operativa e normativa do esquema probatório; (c) a repaginação do livre convencimento motivado como racionalidade de segunda e primeira ordem – ou seja, mais que dizer o que “convenceu” o juiz, ele deve explicar os *motivos da própria compreensão*⁶; para esse

⁵ A doutrina contemporânea poficualmente chama a atenção para epistemologia como uma teoria do conhecimento que antecede a valoração (no caso) jurídica. Andrés Páez chega a comentar que a terminologia “epistemologia jurídica” é ambígua porque o foco dessa categoria não está no direito, antes encerra o conhecimento dos fatos que, embora no marco do processo judiciário, equivale a uma “filosofia da prova jurídica” (PÁEZ, Andrés. Introducción La epistemología y el derecho. In PÁEZ, Andrés (coord.). *Hechos, evidencia y estándares de prueba* (ensayos de epistemología jurídica). Bogotá: Universidad de los Andes, 2015, p. 2. Carmen Vázquez reforça que o adjetivo “jurídico” vai mais além do do contexto probatório ou processual, tendo em vista que a epistemologia provoca a questão se é possível conhecer as proposições normativas relativas ao enunciado de fato de uma maneira neutra (VÁZQUEZ, Carmen. A modo de presentación. In VÁZQUEZ, Carmen (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica* (ensayos de epistemología jurídica). Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 13. O que se deve gravar é que a epistemologia subentende a *racionalidade e a lógica* no exame da prova – não apenas a jurídica –, sendo uma atividade neutra do ponto de vista valorativo (FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 66 e 80. Nesse trabalho, o programa de racionalidade ou o recurso à lógica na aferição da prova são utilizados como ferramentas epistêmicas da tomada de decisão sobre os enunciados de fato. O que sobejar a tais considerações supostamente (neutras) são inclinadas por aspectos valorativos que, somados à epistemologia, compõem o mecanismo da divisão dos erros na apreciação da prova – para afirmar os standards da prova como regras de acertamento da decisão. Uma coisa não exclui a outra, pelo contrário, impende salientar que a lógica da prova está ligada aos conceitos como relação, relevância e procedimento, mais recentemente, é preciso acrescentar a “suficiência do contexto de corroboração” ou o “apoio indutivo” que uma apreciação holística da problemática subentende.

⁶ A racionalidade de primeira ordem é referente às premissas que embasam a tomada da decisão, daí se falar em pré-compreensão daquilo que após observado contexto será motivado para formar o juízo (enfim, a racionalidade de segunda ordem).

objetivo, (d) são utilizadas metodologias epistemológicas tanto para amearhar as provas como para apontar a probabilidade e a confirmação delas em relação ao resultado prático proposto; tudo isso com vistas (e) a fixar que a epistemologia ajuda a determinar descritivamente “como” pode se fundamentar a divisão do erro judiciário entre as partes em termos qualitativos, mas é *papel dos standards da prova, com a superposição dos valores jurídicos, surpreender as máximas culturais que predisõem qual o “erro mais aceitável ou menos nefasto”, bem como o definir o “grau” de corroboração do contexto probatório para se reputar algo como provado*⁷ – a função política dos standards da prova é dividir o risco de falibilidade institucional entre as partes no processo, que não descarta dos fatores sociais, políticos, jurídicos e ideológicos que se encerram na pretensão de correção material das escolhas: no primeiro momento se define “como” pode ser efetuada a divisão dos riscos, tendo em vista o contexto da tomada de decisão (questão de fundamento e de força-ilocução), já em um segundo momento se individualiza o “grau” de intensidade do standard para reputar provada a hipótese de trabalho (questão de estruturação e apreensão de sentido).

Impende salientar que epistemologia e valoração jurídica compõem a força e a metodologia abarcados pelos standards da prova. O *método quer dizer a maneira de formular o standard ou o contexto da tomada de decisão sobre a prova* (a sua qualificação mais objetiva possível, critério intersubjetivamente controlável, utilização de lógica inferencial e elementos que referenciam a prova).

A questão política é completante dessa metodologia na medida em que seleciona premissas que estruturam a regra para a divisão do risco do erro entre as partes no processo, partindo dos valores predispostos pelo sistema jurídico, daí se podendo pautar o grau de intensidade ou de suficiência do contexto probatório para algo ser reputado como provado – o standard da prova é suficiente a depender da natureza das coisas, do interesse que dinamiza essa natureza e também decorre dos efeitos da técnica instrumentalizados pela tutela dos direitos (pressupostos estruturantes justificados pela perspectiva da tutela dos direitos).

⁷ A opção do trabalho é graduar a suficiência de contexto da prova como algo mais objetivo o possível, embora o art. 369 do Código de Processo Civil ainda preveja o “convencimento” – sequer a atitude proposicional da “aceitação”, esta última que não causa tanta perplexidade como a expressão “crença” do juiz. De qualquer maneira, não deixa de ser um legado ianque que trata dessas questões como “faces of uncertainty” ou “degree of sureness” como elementos contextuais dos standards da prova. Ver CLERMONT, Kevin M. *Standards of decision in law* (psychological and logical bases for the standard of proof, here and abroad). Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 2013, p. 03.

Embora os conceitos estejam alinhados a uma pretensão de correção técnica conforme a dogmática, necessário assinalar que em filosofia e em teoria do direito o conceito e a aplicação dos institutos se autorreferenciam. Muito difícil separar em absoluto conceito, função e metodologia.

A nova literalidade do Código de Processo Civil (art. 489, §1º) ressalta um compromisso epistêmico para além da mera atenção ao procedimento de inserção da prova no processo. No atual quadrante constitucional⁸, a valoração da prova é devedora de um juízo que deve levar em conta pautas e máximas lógicas e normativas – óbvio que dentre elas os standards da prova – que efetuam a ligação entre o direito probatório e a decisão judiciária, abarcando *epistemologia* e *virtualidade* jurídicas. A própria consideração da prova como direito fundamental alavanca essa maneira de operar desde a instrução até a tomada da decisão sobre o fato, daí considerando o standard como uma *regra prática de decisão que divide o risco do erro judiciário entre as partes do processo*. Os critérios para a divisão desse possível erro é que dependem dos fatores juridicamente estruturantes, cânones jurídicos cuja fundamentação será pormenorizada ao cabo da pesquisa.

1 A verdade como correspondência (significado da verdade) e a coerência como critério

A verdade pode se apreendida como um conceito relacional que liga o conhecimento humano ao objeto externo apreciado⁹ (em especial: objeto demandado pela ciência jurídica). Ainda que a *totalidade da realidade seja inalcançável*, sobretudo com a hipercomplexidade da vida contemporânea, a experiência judiciária tem defendido uma dimensão epistêmica do processo como uma decorrência do princípio da segurança jurídica que deve ser sopesado aos demais valores conviventes no certame

⁸ A verdade por correspondência é a ideia relacional corrente pela qual a doutrina defende o pêndulo entre enunciado probatório e mundo real. Ver TARUFFO, Michele. *A Prova*. Trad. João Gabriel Couto. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 17. Necessário referir que as justificações que abarcam conclusões morais não deixam de serem racionais, não porque desprezam psicologismos, mas antes porque se valem de regras de procedimento e enfoques práticos que em alguma medida conferem previsibilidade às decisões enquanto lógicas inferencial, dedutivista e de abdução. Essa vocação afasta o caráter perigosamente intuicionista das premissas. Ver ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 47/9.

⁹ HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Trad. João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 23.

judiciário (eficiência, efetividade, pacificação social e justiça), tendo em vista o caráter transcendental¹⁰ do mundo real.

Susan Haack¹¹ sistematiza diversas perspectivas teóricas sobre a concepção da verdade. A autora refere que a matriz mais divulgada dentre os processualistas é a teoria da correspondência que assinala a vinculação relacional entre a representação do observador com o mundo atomístico. Porém, ela mesma não descartada a teoria da coerência, tendo em vista que toda a complexidade da verdade

¹⁰ PÁEZ, Andrés. Introducción La epistemología y el derecho. In PAÉZ, Andrés (coord.). *Hechos, evidencia y estándares de prueba* (ensayos de epistemología jurídica). Bogotá: Universidad de los Andes, 2015, p. 2. A verdade permite uma conceituação primeiramente “cética”, afinal, o mundo real é palpável. Contudo, em se tratando do manejo de ciência culturais, torna-se evidente que a verdade é “um dos valores” que convivem com outros tantos valores no circuito da problemática do processo. Citando Alex Stein, Ferrer Beltrán assinala que a averiguação da *verdade também é um valor para o processo*, mas que não leva a um conflito entre a epistemologia (atividade neutra sob o ponto de vista valorativo) e os demais valores sociais, políticos e morais que uma sociedade cultiva e que o próprio legislador sistematiza em seu quadrante sistemático de dispositivos normados. A partir dessa constatação, o autor prossegue se reportando a Alex Stein, ao elencar dois argumentos que são apostados contra a máxima da “total evidence” ou contra o “movimento abolicionista de normas em direito probatório”: a epistemologia serve para determinar a probabilidade de provas para uma hipótese ser “tida como verdadeira”, mas não supera o problema da suficiência da corroboração da hipótese, não define a questão do standard da prova enquanto grau de sustentabilidade do apoio indutivo; a epistemologia tem caráter primariamente descritivo; em segundo lugar, a sobreinclusão de provas é passível de acentuar a fiabilidade de um meio de prova, porém, ela não resolve holisticamente (“as a whole”) a solução de uma contenda, tendo em vista que por sobre os caminhos da racionalidade e da lógica estão notas ponderativas que sopesam os *demais valores em concurso*. Um exemplo facilita: um consumidor comprou um remédio psiquiátrico no qual era visível, no interior do estojo de comprimidos, que esses objetos estavam “riscados por uma caneta”. O consumidor ajuizou demanda indenizatória pelo fato do produto, alegando que o medicamento comprometia o mínimo de segurança esperada no comércio dessa natureza. A perícia efetuada nos próprios comprimidos e em seus compostos químicos constatou que o envelope de comprimidos estava lacrado e que os “riscos de caneta” não afetaram o conteúdo químico do produto. Porém, com base na teoria da segurança (art. 8º e 12 do Código de Defesa do Consumidor), embora a “verdade” fosse pela não desqualificação “palpável” do medicamento (a ciência tinha alto grau de suficiência da intensidade da prova) – outros valores fizeram com que houvesse a condenação do laboratório ao pagamento da indenização. O standard da perícia farmacológica, nesse ponto, evidente que é mais elevado que o standard da proteção do consumidor. Porém, imagine-se que um deficiente visual consumisse aquele produto que, talvez e aparentemente, fosse irregular. Além disso, um medicamento psiquiátrico pode até mesmo somatizar outras crises e angústias ao paciente, o que deve ser ponderado ao lado do “valor verdade” encorpado pela perícia. O direito é produto da cultura, daí que fatores sociais, morais, espaço-temporais, “epidêmicos” e ideológicos devem ser abalizados diuturnamente. O standard da mínima atividade probatória preponderou sobre a “totalidade da prova” constatada na inspeção dos comprimidos, ou mesmo que a perícia química dispusesse de alto grau de probabilidade, o que vigorou foi a manutenção da teoria da qualidade dos objetos de consumo para responsabilizar por fato do produto o laboratório que veiculou aquele objeto. No mesmo sentido, ver REsp 1.801.593-RS, julgado em 13-08-2019, Relatora Ministra Nancy Andrihgi, que estabeleceu uma cisão nos precedentes do STJ, ao condenar o fornecedor a indenizar um consumidor que adquiriu uma garrafa de líquido dentro da qual havia visivelmente um objeto estranho – embora o consumidor sequer tenha aberto a garrafa, com a força da teoria da segurança (arts. 8º e 12 do CDC), o demandado-fornecedor foi condenado a indenizar. Ver Ferrer Beltrán, *La valoración...*, cit., p. 80-82.

¹¹ HAACK, Susan. *Filosofia das lógicas*. Trad. Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: Unesp, 2002, p. 127/184. Outras classificações são encontradas, como a teoria da coerência, teoria da evidência e teoria pragmática. Ver POPPER, Karl R. *Conjecturas e refutações* (o progresso do conhecimento científico). Trad. Sérgio Bath. 2ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, p. 250.

está carregada de *contexto*.¹² Embora a verdade tenha um inicial sentido de correspondência com o mundo sensível, para que essa verdade seja mais facilmente atingida, a coerência do contexto e das narrativas *servem de critérios para o achado da verdade*.

A perspectiva da verdade como coerência faz contrapor tendenciosas narrativas e pode ensejar paradoxos¹³. Segundo Michele Taruffo¹⁴, trata-se de um contexto semelhante ao cenário processual, no qual argumentos e refutações dialogam em contraditório reconstrutivo dos fatos. De qualquer maneira, a teoria da verdade enquanto coerência empresta uma perspectiva subsidiária e de “fecho” em relação ao significado da verdade como correspondência. Vale ressaltar que o mais importante é assentar que a verdade *não é uma crença*, ainda que psicológica e filosoficamente se conclua pela intangibilidade total do mundo real.

A viabilidade da convivência entre teoria da correspondência e da coerência decorre do sincretismo entre critérios epistêmicos e não epistêmicos na tomada de decisão sobre a prova. O fenômeno de que existe *um mundo lá fora* respalda a verdade como correspondência¹⁵. Entretanto, na operação desde o direito probatório até a teoria da decisão, a conclusão de algo “ser tido como provado” depende de uma *suficiência do contexto probatório* examinado para a confirmação do que acontece na vida real¹⁶ – a questão da suficiência do contexto decorre de avaliação eminentemente valorativa, tanto que Michele Taruffo conclui que “a descoberta da verdade é um fim essencial do processo e uma condição necessária para a justiça da decisão, mas não é o

¹² Susan Haack, *ibidem*, p. 143. A teoria semântica da verdade encerra um aspecto material e outro aspecto formal, qual seja, a sequência de consistência entre os enunciados que remetem a uma conclusão. Posição aparentemente adotada por SUCAR, Germán Sucar. *Concepciones del derecho y de la verdad jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 131/3.

¹³ *Idem*, *ibidem*, p. 115.

¹⁴ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a reconstrução dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 115/120.

¹⁵ A verdade é *anterior a qualquer construção* cultural. Axiologicamente, consoante alertado, ela também se trata de um valor-meio que densifica a segurança jurídica que no atual quadrante constitucional implica um fio condutor para a decisão proferida no processo justo. Vale dizer que *desde fora* do processo, portanto, a verdade aparelha um método de trabalho. E *desde dentro* do processo, ela impulsiona as linhas do processo justo dentre os demais valores conviventes. “L’idea o le idee che della verità si hanno al di fuori del processo”. Ver TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 3.

¹⁶ A verdade também existe e deve servir como busca variável, conforme os demais valores implicados ao certame científico. “At epistemological level, the best choice is to refer to a concept of truth as correspondence of factual statements. This is not to share old-styled and naïf ideas of knowledge. It corresponds to the much more sophisticated and up-to-date ideas of the ‘new realism’, according to which when a proposition refers to a real fact, it is the reality of this fact that determines whether or not this proposition is true. Then a judicial ‘story’ can be taken as truthful if – and only if – there are good reasons to believe that it corresponds to the reality of the facts that the story narrates”. Ver TARUFFO, Michele. Evidence, truth and the rule of law. *Revista de Processo*, vol. 238, dez/2014, *passim*.

único fim que o processo persegue. Consequentemente, a função epistêmica que o processo pode desempenhar é muito importante, mas não é a única. O processo, na verdade, é também um <lugar> em que normas são aplicadas, valores são postos em prática, garantias são asseguradas”¹⁷, dentre outros fatores de comistão cultural.

A partir dessa sistemática relacional em que um dos objetivos do processo é a busca pela verdade, pode-se dizer que ele consiste em um expediente *merit-based*¹⁸. Porém, isso não retira a superposição ou o sincretismo para a construção jurídica em cotejo às máximas epistêmicas – no mesmo sentido em que a coerência é um aporte metodológico que reforça a verdade como correspondência.

As teorias referentes ao significado da verdade embasam a sistematização dos standards da prova: elas tendem a aproximar o conhecimento ao mundo real. Agora, esse critério epistêmico não trabalha sozinho na operação de tomada da decisão sobre a prova. O julgador jamais descarta da linha de cobertura jurídica de um apanhado coerencial como movimento cultural através do qual a pretensão de correção também influencia a decisão. Justamente, a *função política* e a *organização estruturante de pautas jurídicas* é que definem a suficiência do contexto probatório, assim, resultam na categorização de uma escala de regras práticas de decisão encorpadas pelos standards da prova na tomada da decisão sobre a prova.

2 O direito fundamental à prova em perspectiva dinâmica

As narrativas processuais atendem os condicionamentos normativos sem perder o embasamento epistêmico.¹⁹ A verdade como correspondência não deixa de ser

¹⁷ *Uma simples verdade...*, cit., p. 160.

¹⁸ O processo deve ter atenção sobre a argumentatividade interna, *mas sem descurar* dos fatores implicativos dos valores referenciados pela natureza das coisas – o direito material. Sobre uma concepção inicial de sistema aberto ou fechado em termos normativos, mas observando a origem científica das proposições de Parsons, Luhmann e Teubner, ver CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 103 e seguintes.

¹⁹ Conforme a doutrina, a epistemologia busca uma investigação *neutra* dos fatos e se trata de um capítulo da filosofia. Agora, os próprios epistemólogos explicam que variações culturais restringem uma estrita busca da verdade: outros valores também convivem com a segurança jurídica (embora a verdade seja valor estrutural). Danny Marrero passa em revista as teorias do coerentismo, do confiabilismo e do fundacionalismo moderado, sendo que no presente trabalho se desenvolve a simpatia pela primeira teoria citada. Ver MARRERO, Danny. Lineamientos generales para una epistemología jurídica. In PAÉZ, Andrés (coord.). *Hechos, evidencia y estándares de Prueba* (ensayos de epistemología jurídica). Bogotá: Universidad de los Andes, 2015, p. 18. No Prólogo da Edição Espanhola do livro *Prova e verdade...*, cit., de Ferrer Beltran, Michele Taruffo afirma que o processo não é o único “contexto em que surge a necessidade de estabelecer a verdade de circunstâncias fáticas sobre a base das informações e dos conhecimentos disponíveis em um momento determinado, de modo que parece impossível limitar o

um valor dentre outros valores²⁰ que convivem no plano do processo judiciário. Nesse sentido que a decisão que estabiliza os conflitos sociais²¹ é influenciada pela epistemologia e também sofre a implicação do sistema jurídico.

Na virtude desse sincretismo que a clássica comparação entre o trabalho do juiz e do historiador perdeu utilidade científica. Se a dogmática cognitivista de outrora defendia que o objeto da prova judiciária seria a alegação sobre o fato (ou o próprio fato), na atualidade, é crescente a repaginação do *modo-de-ser* dessa operação, sendo que o objeto da análise probatória consiste em uma *hipótese* de trabalho: um *case* – um contexto probatório que deve ser *suficiente*.

O processo alinha narrativas em contraposições sobre um determinado acontecimento²², em apertado resumo, é possível dizer que a demanda conta uma história e a contestação procura desconstruir essa história e suas consequências (a *predição* deve resistir a testes *contrapreditivos*). Importante é que a força normativa extraída das narrativas processuais já começa a esboçar o conteúdo e os limites do fluxo probatório *desde* a fase de organização do processo até o advento da decisão – a decisão não ocorre em momento isolado²³.

problema da prova ao curto espaço do processo judicial”. Daí que os critérios normativos-processuais não podem descuidar dos critérios epistêmicos, aliás, a premissa do ensaio é que a gnosiologia e os cânones jurídicos da prova não podem ser tratados de maneira independente – filósofos, epistemólogos e juristas partem de uma premissa básica de lógica e racionalidade comum, sendo que a cisão de enfoques colaborou para a maior parte da problemática decorrente do isolamento transdisciplinar.

²⁰ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 26, 28/9.

²¹ A instrução probatória tem por objetivo central a busca da verdade na contraposição de uma instrução probatória que convive com outros valores para atingir a decisão judicial, embora tenha sido travada a discussão entre verófilos e verofóbicos. A solução de conflitos e a busca da verdade (ainda que não seja uma verdade total) não afasta o fio condutor da verdade como correspondência. Ver DITTRICH, Lotario. La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza técnica e fatto notorio. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXVI (seconda serie), gennaio-febbraio 2011, p. 108.

²² A despeito da verofobia admitida por muitos operadores a questão é que o contraditório encerra uma oposição forte entre os interesses contrapostos. A verdade total, inatingível por natureza e desacreditada por contingência, admite a feição de uma verdade aproximativa, um limiar do provável. Porque “l’ accertamento della verità deve scaturire dal contraddittorio tra le parti, sulle quali incombe l’ onere di provare i fatti allegati nel proprio interesse”. Ver MONTELEONE, Girolamo. Intorno al concetto di verità <materiale> o <oggettiva> nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXIV (seconda serie), 2009, n. 1, p. 82.

²³ Ferrer Beltrán em duas obras de preciosas contribuições conceituais elabora um perfil analítico dos “momentos probatórios”. Assim, existe a fase de (a) conformação da prova, a fase de (b) valoração da prova e a derradeira fase da (c) tomada da decisão sobre as provas. Em direito brasileiro, Gustavo Badaró chega a distinguir valoração *versus* decisão. Em outras palavras, possível falar em fase de “interpretação” da prova, da “valoração” da prova e da “formação do convencimento” do juiz, isso na perspectiva do texto do Código de Processo Civil (art. 369). O próprio Ferrer Beltrán assinala que a valoração não deixa de ser uma operação “in itinere”, por isso que o presente trabalho, influenciado pela pragmática do processo, não elenca uma segmentação tão particularista desse autêntico “processo” que se trata do fluxo de conhecimento *desde* a instrução até a decisão. Na prática, decisão e valoração acontecem juntas – o importante é ter presente os elementos encerrados nessas operações, ou melhor, identificar o transcurso

A verdade é o fio condutor do método de trabalho de investigação dos enunciados de fatos que não despreza as limitações e as exclusões de provas contrárias ao ordenamento jurídico²⁴. Quer dizer que o significado da verdade precisa do aporte coerencial para racionalizar a busca da decisão justa. Desde a fase postulatória, necessário verofuncionalizar o conhecimento jurídico em busca da ótima visualização da realidade naquilo que as normas processuais permitem. Levando em conta normas epistemicamente válidas, bem como tendo em vista as normas de garantia ou de limitação de provas que, embora antiepistêmicas, protegem outros valores no próprio processo. A convivência de valores ratifica que a verdade como *correspondência* tem a *coerência* como critério de acertamento. Na medida em que a prova judiciária pode ser conceituada como o elemento sensível²⁵ que é dirigido ao juiz para reforçar a validade a determinado plano de trabalho argumentativo, evidente que a prova é direcionada ao achado da verdade, ou melhor, a prova é um argumento²⁶ comprometido teleologicamente com a verdade.

epistêmico e valorativo que o julgador percorre para a tomada de decisão sobre o fato. Ver Ferrer Beltrán, *La valoración...*, cit., p. 91. Ver BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. 2ª tiragem. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 235.

²⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, 23/4. No mesmo sentido, em outro ensaio, FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prova e verdade no direito*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 79. A suficiência do contexto probatório ou o grau de corroboração da hipótese (apoio indutivo) desenvolve uma função epistêmica e uma função política – o que caracteriza os standards da prova (p. 73). Quando o autor enuncia a expressão “está provado que *p*” enquanto *resultado* da atividade probatória, ele subentende a função argumentativa da prova no sentido ativo e reativo (decorrentes do método de corroboração e de refutação). Importante destacar a precisão teórica de Ferrer Beltrán ao trabalhar com a polissemia da “prova”, mas delimitando que a força do enunciado “está provado que *p*” é “descritiva” (epistêmica) e o sentido desse enunciado é sinônimo de “há elementos de juízo suficientes em favor de *p*” enquanto enunciado consequencialista. Assim, o autor de “Prova e verdade no direito” se vale do enunciado no sentido de “resultado” da prova e, em decorrência, elabora a visualização da correlação do enunciado com a atividade proposicional do juiz (“aceitação”, e não mera “crença”) também sempre tendo em vista a correlação interna entre os elementos do enunciado e externa – no tocante à correlação da prova à verdade. Karl Popper refere que uma teoria está corroborada quando resistir a testes e que uma hipótese não vale por si mesma, mas deve ser apoiada nas maiores chances de prevalecer sobre uma hipótese contraposta. Ver POPPER, Karl. *A Lógica da Pesquisa Científica*. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2007, p. 291/2.

²⁵ RUBIN, Fernando. Teoria geral da prova: do conceito de prova aos modelos de constatação da verdade. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 118, jan/2013, p. 20.

²⁶ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo* (prova direta, indícios e presunções). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 51. A doutrina ainda refere que a prova remete a dois sentidos: um objetivo, que é o instrumento ou meio hábil para a demonstração da alegação de um fato, e outro subjetivo, que é a certeza judicial decorrente da comprovação. Ver THEODORO JR., Humberto. A importância da prova pericial no devido processo legal. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v. 1, n. 1, jul. 1999, p. 69.

A polissemia da prova²⁷, ainda, considera a prova como uma atividade e também como o resultado dessa atividade (uma valoração)²⁸. A prova trafega do conceito (meio de prova) a uma solução de continuidade (atividade) até o momento decisório²⁹ (resultado). O enfoque do presente trabalho está nesse resultado decorrente do enunciado “algo ser tido como provado”, considerando que o derradeiro momento (resultado) reúne a *visão prática e de aceitação* sobre a suficiência do contexto probatório cotejado à decisão, tudo com a pressuposta pretensão de acerto em direção à realidade³⁰.

Antes de elencar os elementos do direito fundamental à prova, merece ressalva histórica o modelo demonstrativo da prova que é caracterizado pela separação entre a questão-de-fato e a questão-de-direito. Em teoria do processo, possível inferir que a jurisdição consistia no núcleo da experiência judiciária e implicava um forte ativismo judicial, conseqüentemente, uma dificuldade para aferir uma suposta “falibilidade” no ato de julgar. Afinal, o juízo de fato era marcado pela discricionariedade e pelo solipsismo do juiz, sendo que o ponto de chegada das decisões seria uma verdade denominada real³¹ cujo controle seria intangível. A doutrina³² identifica essa maneira de observar a prova como típica do processo moderno, um processo burocrático e assimétrico no qual um mecanismo artificioso legitimava a técnica para a construção da decisão, o que afastava o controle substancial da decisão (o controle era apenas para observar o procedimento legislado na formação da prova).

De outro lado, mais condizente como as situações de contexto epistêmico e de normatividade, na atualidade se fala do modelo persuasivo da prova que trabalha com o diálogo e com as probabilidades, visto que a prova transita entre a lógica e a

²⁷ Ver TUZET, Giovanni. Prova, verità e valutazione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno LXVIII, Dicembre 2014, p. 1519.

²⁸ Ver NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 34. O juízo de fato se desenvolve como uma atividade, porém consiste nuclearmente em um resultado da apreciação do juiz na dinâmica da corroboração dos elementos de prova. Nessa obra, o interessante é que o autor salienta uma apreciação atomística dos meios de prova, o que acaba complementando ou agregando racionalidade os demais escritos que destacam uma avaliação holística-contextual do material probatório coligido. Essas maneiras de valorarem a matéria-prima probatória não são autoexcludentes.

²⁹ TUZET, Giovanni. Prova, verità e valutazione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno LXVIII, Dicembre 2014, p. 1523. Embora o autor chegue a considerar a verdade como uma atribuição institucional do processo – o que reflete um processo justo –, fala em verdade suficiente, o que não descarta a contingência de ruídos reduzidos a determinados atos de prova. Daí que a prova, enquanto operação dinâmica (atividade, resultado e valoração), vai ao encontro da contemporânea doutrina italiana que pretende fixar limites de racionalidade ao juízo sobre a questão de fato.

³⁰ NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 66/7.

³¹ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 11/2.

³² GIULIANI, Alessandro. Prova (Prova in generale). *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, vol. XXXVII, p. 526.

retórica³³. Uma concepção que subentende um processo simétrico com o reforço do contraditório no sentido material e que tem como ponto de partida as afirmações tendenciosas das partes para alcançar uma conclusão sobretudo justa. O ponto de chegada da investigação não seria uma “verdade real” e infalível, mas algo “ser tido por provado” reflete uma reconstrução com pretensão de relação teleológica da prova para com a verdade³⁴.

Se o modelo demonstrativo tomava de empréstimo uma relação conceitual entre prova e verdade, o esquema persuasivo elabora uma relação teleológica entre elas. Em termos de operação jurídica, Robert Alexy³⁵ assinala que a estrutura demonstrativa era meramente dedutivista, em contrapartida, a estrutura persuasiva trabalha com a ponderação do peso dos argumentos. Daí se falar atualmente em “suficiência” do contexto probatório – que reflete o que Ferrer Beltrán assinala como “elementos de juízo suficientes a favor de uma conclusão”³⁶.

A prova enquanto argumento se valeu da lógica esquematizada pelo trinômio *verdade-erro-decisão*³⁷. A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais implicou reflexos normativos a todas as categorias jurídicas e a função da prova em determinar a verdade dos fatos atualmente enseja a transição do esquema para o trinômio *verdade-norma-decisão*.

Em especial, a orientação dinâmica do direito fundamental à prova³⁸ reflete três frentes operativas: (a) a constitucionalização do processo, com a colocação

³³ GIULIANI, Alessandro. Idem, p. 527. O autor elabora o exercício pendular entre o modelo demonstrativo e o modelo persuasivo, bastante aplicável na visualização da instituição judiciária e seus atores. Mesmo exercício, mas com outro campo de visão, que abarca tendências governamentais mais amplas, utilizada por DAMAŠKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del estado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, *passim*.

³⁴ KNIJNIK, Danilo. *A prova...*, cit., p. 12/3.

³⁵ ALEXY, Robert. Dois ou três? In ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 225. A analogia não aparece sozinha, ela está necessariamente conectada a ponderações que trafegam por entre os limites da indução e da dedução.

³⁶ *Prova e verdade...*, cit., p. 37.

³⁷ GIULIANI, Alessandro. Problemi metodologici nello studio del diritto processuale comparato. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno XVI, 1962, p. 652. O autor refere que essa base lógica é decorrente da problemática argumentativa do processo isonômico medieval. Na atualidade, merece a ressalva da constitucionalização dos direitos e dos procedimentos jurídicos, culminando em um esquema no qual a norma assinala a pretensão de correção jurídica das soluções probatoriamente dispostas.

³⁸ A terminologia “em perspectiva dinâmica” está no inconsciente coletivo, em especial, com a positivação do modelo colaborativo de processo. Não se trata de predicado meramente acadêmico, na medida em que elabora a interface entre o mundo real e o processo, de resto, chama a atenção para a efetiva participação dos sujeitos em contraditório e tendo como estrutura um formalismo que alvitra a justiça pela coordenação entre efetividade e segurança jurídica (a verdade possível). No limiar da epistemologia e do direito, a nota da “dinamicidade” é transeitoral e sintetiza o diálogo das fontes entre o direito material e o processo. Ver ABREU, Rafael Sirangelo de. “Customização processual

da tutela no centro da teoria do processo; a (b) aproximação das normas³⁹ à realidade social, com a utilização de critérios lógicos e de probabilidade; e a decorrente (c) remodelação do formalismo, com a efetividade recobrando o caráter problemático do direito por intermédio de uma participação efetiva das partes que culmina em uma garantia de influência na decisão, bem assim elabora uma postura colaboracionista do juiz para com os sujeitos parciais (dever de esclarecimento, diálogo, prevenção e auxílio).

A funcionalização da tutela como polo metodológico do processo civil implica uma reestruturação na relação entre a prova e a verdade. O pêndulo entre o modelo demonstrativo e o modelo persuasivo da prova ensejava um umbral de tendências limítrofes no próprio interior da experiência e que se refletia seja no tocante à teoria das normas, seja no tocante à racionalidade prática encerrada no formalismo processual, seja no tocante ao desenlace da técnica do processo que elabora uma síntese entre o sistema e a forma.

Assentado que a *verdade regula e referencia a decisão*, ela serve como vertice de relevância ao processo como um todo⁴⁰. A função primordial da prova é determinar a verdade (ou suficiência) de um enunciado probatório (ainda que abalizada doutrina considere função da prova para influenciar o convencimento judicial – rasgo do texto do art. 369 do CPC). Daí se falar em prova como *argumento* que repercute operações dedutivas, indutivas, ponderativas ou analógicas, sobretudo porque ela empresta validade às narrativas processuais na tentativa de conduzir o processo em determinada solução otimamente aproximada da verdade (sopesada a perspectiva da

compartilhada”: o sistema de adaptabilidade do novo CPC. *Revista de Processo*, ano 41, vol. 257, julho de 2016, *passim*. A figura proposta não destoa onticamente do “direito fundamental à prova” reafirmado pela dogmática, apenas lhe confere uma visão *desde fora* do processo – no presente aspecto. Ferrer Beltrán salienta que o direito fundamental à prova é uma exigência de racionalidade jurídica e decorre das posições jurídicas da ação e da defesa. Os elementos que integram o direito à prova são (a) a possibilidade de utilizar todas as provas disponíveis, ainda que atípicas, no bojo do processo; (b) o dever de um exame racional e lógico desse acervo probatório e a (c) obrigação de justificar a decisão. Ver *La valoración...*, cit., p. 52-57. Na medida em que o presente texto invoca a constitucionalização do processo já está pressupondo a idéia de Ferrer Beltrán, além disso, *desde fora* do processo é assinalado o epicentro ou a função do processo como entregar a tutela dos direitos para as pessoas e, conseqüentemente, visualizar a necessidade do contraditório material enquanto metodologia reconstrutiva para aproximar o direito à realidade das pessoas.

³⁹ Falar em norma é subentender a interpretação. O dispositivo e a fonte legislada dentre outras consiste no texto da legislação. De outro lado, a norma significa o dispositivo concretizado pela interpretação. Eros Roberto Grau assinala que “interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo, não nos limitamos a interpretar (=compreender) os textos normativos, mas também compreendemos (=interpretamos) a realidade e os fatos aos quais o direito há de ser aplicado”. GRAU, Eros Roberto. *Por que Tenho Medo dos Juízes* (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 33.

⁴⁰ TARUFFO, Michele. Verità e probatilità nella prova dei fatti. *Revista de Processo*, ano 32, n. 154, dez/2007, p. 214.

verdade e a atitude proposicional da *aceitação* do juiz, ambas também podem ser encartadas no art. 369 do CPC). Ocorre que a “aceitação” é uma atitude proposicional (=atividade mental) voluntária e contextualizada que algo corrige os padrões pré-compreensivos da “crença” ou da “convicção”.

Na medida em que *provar é argumentar*, ganha força a corrente que defende a trama inconsútil entre o fato e o direito – a *hipótese* reúne fato e direito. O direito probatório tampouco se resume a uma rotina de estudo unicamente dos meios legais de prova. O modelo constitucional aproxima a teoria da prova à razão prática, visualizando o “embasamento concreto das proposições formuladas, de forma a convencer o juiz de sua validade, diante da sua impugnação por outro sujeito do diálogo”⁴¹. Ora, o direito fundamental à prova adensa sensivelmente a narrativa processual para harmonizar os benefícios de cada modelo polarizado da prova anteriormente citados. Ademais, a prova como argumento reforça a ancoragem⁴² do discurso jurídico, mas ao invés de se falar em modelo demonstrativo *ou* persuasivo, uma metodologia sincrética do diálogo assume força normativa com pretensão de correção material, de maneira que as provas ameadadas em sentido amplo são verticalizadas no alvitre de uma decisão justa cujo contexto poderia ser *aceitável* por outro juiz ou outro tribunal que examinasse a prova. O contexto probatório é premissa objetiva que não subordina essa matéria-prima aos vacilos psicológicos ou intuitivos de qualquer operador. Pelo contrário, ela vincula sensivelmente uma pauta de controle intersubjetivo que aparelha a decisão e pode ser excrutinada pelas partes.

A inserção da realidade social na discussão metodológica da problemática jurídica enseja uma reflexão sobre as novas engrenagens sociais, dinâmicas por natureza e liquefeitas por contingência. A sociedade atual é líquida e, consoante Erik Jayme⁴³, a pós-modernidade ressalta uma antinomia básica: “ela se define justamente através da modernidade, que ela não quer ser”. A denominada pós-modernidade – os tempos líquidos – não procura encontrar o que é comum ou o que é

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 65. O texto de Marinoni e Arenhart se valem da terminologia convicção desde a capa do livro. Porém, os próprios autores são críticos de um panprocessualismo ou de um solipsismo que exclui as conclusões hauridas de um psicologismo ou intuícionismo não condizente com as forças normativas do sistema jurídico.

⁴² Neil MacCormick ressalta que as narrativas não-ficcionais devem ser de algum modo ancoradas na realidade. A prova efetua essa ligação entre a realidade e a narrativa. Ver MACCORMICK, Neil. *Narrativas jurídicas*. In MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 295.

⁴³ JAYME, Erik. *Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado*. Trad. Cláudia Lima Marques. *Revista dos Tribunais*, ano 88, vol. 759, jan/99, p. 25.

parecido com o outro, pelo contrário, no mundo contemporâneo o *normal é ser diferente*, porque as medidas de tempo-espaço já não permitem uma segmentação inconsútil. Por decorrência dessa liquefação, tudo é passageiro e as pessoas já não vivem o momento presente, a sociedade está num museu, está em uma sala de aula, está em todos os lugares, mas talvez não esteja em nenhum desses recantos espaço-temporalmente definidos. As engrenagens da Sociedade 4.0 se rarefazem em pixels e em avatares que pululam nas frações teladas dos celulares, dos tablets e das televisões.

Nesse panorama, emaranhado de valores e ideias divergentes, a hiperconectividade e o pluralismo consistem em sobrevalores preponderantes. A partir deles e consagrado o núcleo da dignidade da pessoa humana podem ser tensionados outros valores em convivência, o que reclama uma coordenação através da comunicação das normas por intermédio de metodologias associativas que somente possuem algo em comum: os problemas humanos são solucionados através de múltiplas metodologias, sem aquela pauta dicotômica e excludente entre um rígido dedutivismo *versus* indutivismo.

O esquema aceita os particularismos e as narrativas falseadoras das hipóteses e deve ser coordenado a um diálogo entre as fontes. Logo se observa a importância de considerar opções sobre a ignorância (e a margem de erro) enquanto amálgamas de um sistema aparentemente *caótico*, porém operativamente válido. Em síntese, a lei não conduz ao resultado estrito, ela apenas administra fatores em constante tensão⁴⁴. O pluralismo e o respeito às diferenças, o particularismo e o retorno dos sentimentos, enfim, consoante Erik Jayme conformam a base social da premissa de um novo modelo que elege a prova enquanto obelisco da metodologia de trabalho narrativo. A corroboração ou a refutação de uma hipótese supõe a viabilidade de predição de algum evento ou proposição empiricamente contrastável⁴⁵ tendo como parâmetro o contexto probatório, não o contrário.

A força da tutela e as novas oscilações sociais conduzem a um modelo *corroboracionista pretensamente objetivo*. Porém, impossível excluir totalmente a

⁴⁴ Idem, ibidem, p. 30.

⁴⁵ A predição é uma proposição, uma atividade mental que trabalha com a matéria-prima das hipóteses em franco combate. Ferrer Beltrán assinala que uma proposição por vezes não pode ser apontada como verdadeira ou falsa tampouco pode definir se ela se reporta ao passado ou ao futuro. Porque uma hipótese, hoje latentemente correta, pode ser posteriormente refutada com o passar do tempo (risco do desenvolvimento). Ver *La valoración...*, cit., p. 131.

indelével presença de um toque pessoal na decisão judicial⁴⁶. Isso decorre da própria transcendência da verdade *inteira-absoluta*, que é humanamente intangível, embora deva ser o fio condutor do veredicto.

Finalmente, o formalismo do processo civil está implicado pela tutela *desde* fora do processo. As necessidades do direito material, outrora estáticas na figura do dano, hoje também se preocupam com a categoria do ilícito para formularem uma estrutura voltada à proteção dos casos e interesses mais específicos da vida comunitária⁴⁷. A função da jurisdição é entregar a tutela do direito. A categoria metajurídica do interesse confere dinamicidade à posição inicialmente subjetiva. Evitar lesão ou ameaça de lesão – a tutela no centro da experiência – abre um leque de possibilidades de atuação ao processo que, na perspectiva dos direitos fundamentais, são concretizados pela técnica processual⁴⁸.

As incursões culturais sobre o formalismo elaboram um processo que se vale de uma pluralidade de métodos de trabalho verofuncionalizados, sempre atento às necessidades do direito material (diálogo entre direito e processo). Um vértice que

⁴⁶ O art. 371 do CPC ainda mantém a questão do *convencimento* judicial – algo inafastável em uma construção cultural. Porém, o sistema jurídico trabalha *desde* o direito material para arrefecer tal subjetivismo ou para o tornar intersubjetivamente controlável. Nesse sentido que se positivou o art. 489, §1º, do CPC, apesar das críticas que ele tem recebido. A realidade é que uma decisão envolve racionalidade e volitividade, um trabalho cultural abarca opções que transitam do universal a este particular (a literalidade do art. 369 reforça tal percepção). A doutrina comenta que a prova apresenta duas finalidades pontuais: a reconstrução da verdade e o convencimento do juiz. Ver PEREIRA, Guilherme Setoguti. Verdade e finalidade da prova. *Revista de Processo*, ano 37, vol. 213, Nov/2012, p. 179 e 181. Os clássicos entabulam que a sentença pressupõe razão e volição, daí que um modelo corroborativo não pode tráfegar em dicotomias, mas amelalhar harmonizações, embora parte da doutrina esquematize, para fins didáticos, um modelo corroborativo subjetivo *versus* um modelo corroborativo objetivo. Ver RAMOS, Vitor de Paula. O procedimento probatório do Novo CPC. Em busca de interpretação do sistema à luz de um modelo objetivo de corroboração das hipóteses fáticas. In DIDIER JR., Fredie (et al.). *Direito probatório*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, *passim*. Em realidade, o que Vitor de Paula Ramos salienta é a necessidade do controle intersubjetivo do juízo de fato, o que somente é possível ao separar conceitos decorrentes da *força*, do *sentido* e da *atitude proposicional* que Ferrer Beltrán organiza a partir do enunciado “está provado que *p*”, no livro *Prova e verdade...*, cit., *passim*. Quando o juiz proclama esse resultado que “está provado que *p*” fica explicitada a força descritiva (dimensão ilocutória) do enunciado cujo sentido é que “existem elementos suficientes de juízo a favor de *p*”. O caráter descritivo e a noção de contexto *retiram* do mero intuicionismo ou psicologismo o ato de julgar a prova. Em arremate, a atitude proposicional do juiz não é mera crença ou preconceito – mas se trata da “aceitação” do contexto para a solução de um problema prático. Dessa maneira, outro juiz, as partes e o tribunal podem controlar de uma maneira tendencialmente objetiva o resultado “está provado que *p*”. Eleonora Cresto reforça que ao cabo do processo não é necessário um genuíno conhecimento sobre os fatos, porque a decisão pode ser pautada pelo que os epistemólogos denominam de uma “aceitação contextual”. CRESTO, Eleonora. Una teoría de la prueba para el ámbito jurídico: probabilidades inciertas, decisiones y explicaciones. In PAÉZ, Andrés (coord.). *Hechos, evidencia y estándares de Prueba* (ensayos de epistemología jurídica). Bogotá: Universidad de los Andes, 2015, p. 93

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 67.

⁴⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do Formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 17

abarca o realismo metódico caracterizado pela problematização das questões em demanda. Para a decisão, “o terceiro imparcial se garante pelo esforço argumentativo das partes, que será a base para se construir a decisão expressa pela fundamentação. A fundamentação das decisões, por sua vez, é indissociável, do contraditório, é a fiscalização das partes para se alcançar uma decisão racional, não permitindo que seja ela ato isolado do juiz, fruto da sua subjetividade. Pela ampla argumentação, tem-se o direito à prova e assistência de advogado. É uma garantia das partes para que se possa ter o tempo processual apto para reconstruir o caso concreto e discutir quais normas jurídicas serão adequadas”⁴⁹.

A participação efetiva dos atores processuais substancializa a previsibilidade na tomada de escolhas. O risco da falibilidade humana, ao proferir o juízo de fato, considerado o caráter constitutivo do contraditório e a hierarquia constitucional da tutela jurisdicional, portanto, refletem uma maior força indicativa de que, ainda que se considere que a prova também se presta a *convencer* o juiz (art. 369), o referencial da *verdade* admite identificar a prática de erros de julgamento. Afinal, o Estado Constitucional subentende um aparato de forças conviventes em que ninguém apreende a totalidade do mundo real – nem mesmo o juiz (muito menos o juiz, consideradas as narrativas tendenciosas que o influenciam).

Embora uma ordem de coisas que permita figuras outrora consideradas *caóticas* (a margem de erro no escore do déficit da predição), não remanesce um espaço para um resultado probatório absolutamente livre, porque o julgador está ligado aos limites imanescentes, transcendentais e compensatórios que os cânones epistêmicos e cânones jurídicos, racionais e normativos trazem para dentro do processo. Logo, a valoração da prova não é propriedade intocável (=insindicável) efetuada pelo juiz.

O fenômeno tem um preço que encarrega todos os atores processuais. O juiz do processo deve atender à tutela dos direitos desde a percepção dos *interesses* até o desdobramento das formas de *técnica* que satisfazem a forma da tutela, como também ele pode ser ativo e reativo na instrução, com uma necessária apreciação atomística para admitir a prova e holística para valorar o contexto da prova. Sobretudo, o magistrado deve colaborar, prevenir, estimular, dialogar e, em alguns casos, determinar a prova – daí motivando a decisão à vista do contexto probatório sensível, explicando os motivos

⁴⁹ TEODORO, Warlen Soares; MIGUEL JR., Waldir. O processo constitucional democrático e a condução da prova pelo juiz na busca da verdade real. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, ano 9, n. 9/10, jan/dez/11. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 197.

da compreensão ou sobre qual o standard da prova foi utilizado, desde que tal standard seja compatível com essa profusão de enunciados que sobrevivem no certame processual. Trata-se da responsividade⁵⁰ do juízo ao tratar de tudo o que foi alegado.

Em contrapartida hipercíclica, as partes devem colaborar com o juízo, superando a clássica figura estática do ônus de provar para evoluir e propulsionar o *dever* de comprovar (colaborar não somente com o juízo, mas com a justiça e com a segurança jurídica). A racionalidade da apreciação do contexto probatório depende e implica um contemporâneo “dever”⁵¹ de provar com vistas ao critério de *comprehensiveness* e de *completeness* – pelo qual as provas que aparelham uma narrativa devem ser completas, íntegras e indivisíveis, na medida que o ordenamento jurídico adjudica o compromisso da boa-fé.

3 O triste fim do livre convencimento motivado (?)

A ato judiciário estruturalmente mais discutível do processo é a tomada de decisão sobre a prova. Em primeiro lugar, pela inafastável convivência entre a reconstrução dos fatos e o dilema do erro de julgamento⁵². Afinal, as provas podem ser extraviadas ou manuseadas tendenciosamente pelas narrativas, assim como as regras de direito probatório ou a própria interpretação das evidências podem ser deturpadas. Em segundo lugar, pelo aparente caráter refratário da valoração da prova em relação ao ordenamento jurídico em um sentido estrito.

Peculiaridade ainda mais nefasta em tempos nos quais grande número de pessoas (leigas) parece julgar pelas redes sociais e sem conhecimento de causa, valendo-se de *fake news* e de impressões de cunho psicológico que fazem parecer que o clamor público de um *júri sem rosto* condiciona um veredicto açodado. Isso amplifica a

⁵⁰ A responsividade do juízo deve levar em “consideração tudo o que foi alegado pelos procuradores das partes”, elaborando uma motivação íntegra e reconstrutiva do caso em disputa. PUGLIESE, William. *Precedentes e a civil law brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 43.

⁵¹ A doutrina de vanguarda defende a evolução do *ônus para o dever de provar*, alinhando a perspectiva subjetiva dos sujeitos parciais a uma colaboração de integridade da prova. Se o processo é campo de estratégia, isso não pode ser levado ao extremo de cobrar responsividade (inteireza na motivação) do juiz no caso de furtividade das partes na tarefa de apresentação das provas relevantes aos fatores determinantes da contenda. Ver *Uma simples verdade...*, cit., p. 165-6. Também verificar Pugliese, *Precedentes...*, cit., p. 43 e seguintes.

⁵² Peter Habêrle divulgou a sociedade aberta dos intérpretes constitucionais. Em tempos da pulverização das redes sociais, das *fake news* e da própria alternativa de governabilidade por intermédio da tecnologia, parece que todos os indivíduos são julgadores de fatos – ainda que não tenham a menor noção das nuances que o contraditório implica, ainda sem falar nas regras epistêmicas da lógica e da racionalidade (tanto para gerar dúvida como para gerar conclusões). Ver Natalino Irti, *Dubbio e decisione*, *Rivista di Diritto Processuale*, anno LVI, n.1, gennaio-marzo 2001, p. 69.

significação tomada da decisão sobre as provas, sobre valorar uma *questão de fato*, de maneira que as instituições não permitam que o profissionalismo se transforme em objeto de vulgarização notabilizado pela falta de uma *limitação conteudística* sobre os parâmetros jurídicos da prova⁵³.

Os standards da prova aparecem como um referencial para essa tentativa de controle da valoração da prova – para servir de parâmetro de controle. Porém, um dos principais problemas dos standards da prova consiste na topologia, que remeteu esse fenômeno a um decantado capítulo da teoria da decisão judicial, em especial, apreendendo os standards como figura caudatória dos sistemas de apreciação da prova.

A previsibilidade da valoração depende de uma metodologia construída na experiência judiciária, portanto, ela começa *desde a instrução, desde o entendimento das forças lógicas e normativas que incidem nas dimensões da tutela dos direitos* – vale dizer que não se pode resumir o problema e a solução sobre o controle da valoração⁵⁴ da prova ao hermetismo *quase procedimental* de motivar ou não motivar a sentença. A questão principal está em identificar e organizar as premissas que se localizam nos *motivos da compreensão que levaram o julgador a considerar um contexto como suficiente em termos probatórios* (racionalidade de primeira e segunda ordem). Não basta dizer o que “convenceu” o juiz em nível apofântico, mas referir os “motivos da compreensão” em uma matriz apodítica (que reúne prova, lógica e normas).

Inicialmente, salienta-se que o erro no julgamento sobre as provas do fato não chega a ser uma baixa colateral inerente à decisão judicial. A falibilidade está presente em qualquer construção cultural, ainda mais quando a prova judiciária se trata

⁵³ A dogmática mais tradicional trabalha com a interpretação dos dispositivos, sendo que os fatos devem ser acomodados na dinâmica das normas. Ver GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 5. Ocorre que a matéria pode ser problematizada ao extremo, quando se percebe que, inclusive, os fatos e as coisas atuais também devem ser interpretados. O telefone de outrora parece o computador dos novos tempos. As anotações que articulam crimes cibernéticos são homiziados em códigos criptografados que retiram da taxatividade da lei aquilo que poderia ser meramente apreendido. Fatos de terceira dimensão podem ser mais complexos que muitos outros fenômenos do cotidiano, conforme assinala KNIJNIK, Danilo. A trilogia Olmstead-Katz-Kyllo: o art. 5º da Constituição Federal do século XXI. *Revista da Esmafe do TRF da 4ª Região*, número 4.

⁵⁴ Necessário examinar o fenômeno da valoração da prova “non solo all’interno del processo, ma anche con riferimento alle fasi, precedenti, in cui si procede alla raccolta dei materiali di fatto ed alla formulazione e scelta delle ipotesi ad opera di soggetti diversi dal giudice. A monte del processo sta infatti tutto un lavoro di preparazione svolto dagli avvocati che, dalla narrazione così come effettuata dalla parte e attraverso un’opera di valutazione e di organizzazione del materiale di fatto, giungono a strutturare le proprie prospettazioni in materia idonea a sottoporle alla verifica giudiziale. Si tratta di un’attività in cui giocano un ruolo non indifferente le capacità creative e di valutazione critica e che viene ricondotta ad una lógica diversa da quella induttiva: la c. d. lógica abduttiva”. Ver MARCHEIS, Chiara Besso. Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno XLV, n. 3, settembre 1991, p. 1160.

de um ato humano⁵⁵. A preocupação da experiência jurídica, então, é sobre diminuir os riscos de falhas na tomada de decisão sobre a prova por intermédio de mecanismos que a prática jurídica viabiliza. Nessa perspectiva que H. L. A. Hart⁵⁶ comenta que erros pontuais até podem ser tolerados, a situação se agrava quando tais equívocos se tornam tão naturais e aceitáveis a ponto de desnaturar a *essência das coisas jurídicas*. A credibilidade das instituições se torna de difícil sustentação quando os erros forem sistemáticos. A matéria não é novidade nos tribunais, tanto que as decisões teratológicas são cassadas ou revistas pela instância superior.

Em termos metodológicos, o Código de Processo Civil brasileiro começa estabelecendo normas de sobredireito para que os atores processuais colaborem para aperfeiçoar os julgamentos. A participação conjugada entre partes e o juiz, a ressalva de um contraditório forte (dentre outros, os arts. 5º, 6º, 7º, 10º), bem assim algumas inovações nos meios de prova e nos procedimentos, todas elas foram organizadas para implicar uma sinergia que melhor se aproxime do ótimo acertamento no juízo de fato. *Desde a instrução*, o sistema jurídico pondera tal preocupação. No mesmo sentido a teoria da decisão judiciária, em última análise, deve reunir *práticas sobre práticas*⁵⁷ ou práticas de segundo grau que permitam um escalonamento helicoidal de previsibilidade.

O ponto de partida da proposta consiste na essência das coisas jurídicas (estrutura básica da tutela dos direitos): somente uma linha de visada metaprocessual ajuda a identificar uma solução de contexto⁵⁸ que confira calculabilidade jurídico-política sobre o juízo de fato (hipóteses no contexto das normas). Para amenizar e tratar os efeitos do erro de julgamento, necessário refletir sobre a essência das coisas jurídicas, questionar qual referencial de análise que aparelha a decisão na medida em que a demanda deve ser customizada *desde a instrução*.

⁵⁵ Todo o procedimento probatório reserva um amplo espaço para erros. O foco do presente é sopesar a valoração da prova (ora levada a efeito como sinônimo de tomada de decisão sobre a prova), a questão da prova como resultado, tendo como pauta da discussão o erro do juízo de fato e seus aspectos epistemológicos e políticos. Ver LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*. Trad. Carmen Vázquez; Edgar Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 45. Larry Laudan refere que o erro a que ele se refere possui um sentido estritamente lógico e epistemológico, ou seja, não quer dizer um erro no procedimento de formação da prova ou erro intrínseco a um meio de prova. Obra citada, p. 34.

⁵⁶ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 187.

⁵⁷ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 25. A teoria procedimentalista e a teoria estruturalista do direito não são excludentes, elas se complementam. Embora a tendência positivista do autor, ele não refuta a possibilidade de emplacar diretrizes a partir de fórmulas em repetição de praxes e de tradições – o que vai repercutir na própria elaboração do direito escrito.

⁵⁸ FISS, Owen. O julgamento enquanto prática. In FISS, Owen. *Direito como razão pública* (processo, jurisdição e sociedade). Coord. da Trad. Carlos Alberto Salles. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2017, p. 256.

As recorrentes tentativas de suplantar um indigesto decisionismo sobre a tomada da decisão sobre as provas ocorreram no sentido de formular regras ou imputar textos que propunham objetivamente um resultado procedimentalmente pressuposto. Quer dizer que essa metodologia elaborou quase um retorno à subsunção ou aproximou o modelo ao da prova taxativa. Nessa perspectiva que o sistema do livre convencimento motivado enfrenta uma autêntica crise de identidade – as reformas em sucessivas regras de direito processual concatenam o juízo de fato em um nicho pormenorizado que, ao mesmo tempo, nega a funcionalidade da taxatividade das provas. Isso enseja um aparente paradoxo, em geral, porque tais dispositivos são de natureza processual ou procedimental, o que sobretudo não empresta calculabilidade à discricção conteudística da decisão sobre o fato. Aqui o ponto: somente uma racionalidade decorrente da força normativa do direito material, da lógica e da racionalidade decorrente da teoria do direito podem discutir a essência das coisas e de alguma forma vincular a substância da decisão⁵⁹ – regras de procedimento ou de processo não afastam o abuso de dicricionariedade.

Acumular regras com pré-ponderações *probatórias de eminência processual* legisladas não aplaca a crise. Basta notar que o processo judiciário brasileiro ainda possui rasgos desse sistema da prova legal⁶⁰. Nessa modalidade⁶¹, a função dos meios de prova é como um experimento (modelo demonstrativo), sendo possível questionar a legitimidade abstracionista das escolhas legislativas. Os críticos do livre convencimento motivado, por vezes, não referem que as próprias regras podem encerrar

⁵⁹ No prefácio da obra “Prova e verdade”, de Ferrer Beltrán, Michele Taruffo assinala que o esquecimento da conurbação de aspectos teóricos e filosóficos da prova inibiu uma controlabilidade de suficiência do contexto da prova na tomada de decisão. Daí resulta, em direito comparado, que o livre convencimento motivado tem uma função negativa – de afastar a prova legal –, mas não resta claro a sua perspectiva positiva. Para que serve a questão tem conotação mais subjetiva na França, mais contida na elaboração italiana, mais neutra no direito alemão e mais otimista nas *reglas de sana crítica* da Espanha. A diversidade cultural pode desatar diferentes empresas valorativas sobre a “suficiência” da prova para reputar “algo como provado”, ocorre que se faz necessário o acoplamento da prudência teórico-filosófica ao aspecto de eminência jurídica para juntos, sincreticamente, chegar-se a um programa de racionalidade. A carga epistêmica do grau de probabilidade ou de confirmação não pode se desapegar do juízo de suficiência do contexto que é fornecido pelos standards da prova. In TARUFFO, Michele. Prefácio. In FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prova e verdade*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

⁶⁰ Michele Taruffo, *Uma simples...*, cit., p. 188. O art. 226 do CPP é uma *prova legal subliminar*.

⁶¹ Alguns autores chegam a denominar o sistema brasileiro de valoração da prova como sistema misto. Ver BORGES, Ronaldo Souza. O sistema misto de valoração da prova no novo Código de Processo Civil: a relação entre prova livre e prova legal. *Revista de Processo*, ano 42, vol. 264, fev/2017, *passim*. Um pouco forçada a denominação, embora o sistema processual brasileiro tenha regras de tarifamento, inúmeras presunções legais e inclusive não pode ser desprezada a *prova flagrante* (como será examinada). Essa tipologia é “subsidiária” ou *a latere* ao esquema da valoração racional – porque tal meio de prova traz em si mesma uma expressão demonstrativa. Ver CAVALLONE, Bruno. *Reflessioni sulla cultura della prova*. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Giufrè, 2008, n. 3, p. 970.

preconceitos ou noções contraepistêmicas. Superestimar a burocracia de documentos públicos é um exemplo que advém do direito clássico. Além disso, experiências legislativas como a prevista no art. 226, II, do Código de Processo Penal explicitam arcaísmo estamental. A literalidade do dispositivo determina que o suspeito da prática de um crime seja colocado “ao lado de outras” pessoas que com ele tiverem qualquer semelhança. Nessa hipótese, como a lei determina que deve haver alguém “ao lado” do suspeito o que, na prática, significa que se coloca um negro⁶² “entre dois brancos” (quando deve ter *ao lado*, é porque está entre) – esses brancos são estagiários do fórum. Quem a vítima vai apontar como autor do crime? Na vitrine do mundo real, ocorre uma cínica presunção quase absoluta, porque a vítima já sabe quem ela vai apontar como o culpado, na audiência (*o do meio*), mas talvez sem que ela tenha muita noção de quem seria o responsável⁶³ pelo fato.

Óbvio que presunções construídas pela evolução jurisprudencial, como o art. 232 do Código Civil e a Sumula 435 do Superior Tribunal de Justiça merecem ratificação pela efetividade, o que não exclui a ressalva técnica contra o tarifamento. A evolução do direito na circularidade dos fatos para as normas (e vice-versa) é fenômeno incontestável. De qualquer maneira, em lado oposto ao esquema taxativo de regras de decisão taxativas, o julgamento pela íntima convicção, embora seja cláusula pétrea que implica soberania ao júri, parece uma remanescência contraproducente ao *overload* e à eficiência da jurisdição. Trata-se de legado estruturalmente solipsista que alavanca a discricionariedade a um autêntico arbítrio e aos julgamentos midiáticos. Pior ainda, esse veredicto é metajurídico a ponto de que os erros de julgamento dificilmente são admitidos nos tribunais, flertando-se com desvios de finalidade institucionalmente acobertados: em consequência, o júri acaba julgando pelos antecedentes, com base na cor da pele do sujeito, em vista do tipo de crime narrado, conforme o *lobby* da opinião da imprensa ou pelo simples humor do jurado. A realidade dessa votação beira o amadorismo.

O manuseio dos sistemas de valoração da prova reforça que não basta remeter para a fundamentação da sentença todo o encargo valorativo. O direito fundamental à prova não resolve o abuso de discricionariedade na motivação. Aliás, o

⁶² Quem minimamente freqüenta o interior de alguns estados da federação verifica que não se usa a palavra afrodescendente. Um triste legado cultural digno de nota e que parece hanchurado no Código de Processo Penal.

⁶³ O dispositivo do Código de Processo Penal aparentemente não foi recepcionado pelo art. 5º, XLI da Constituição. Porém, ele é diariamente aplicado na jurisdição criminal.

erro do julgamento não é resolvido com uma planilha de assuntos a serem tratados no *procedimento da motivação da sentença*. Importante é ponderar *como* a motivação pode colaborar para a organização de um plano de trabalho que assinala a tendência das provas constantes do processo no efetivo *cotejo com o direito material*. As partes têm o direito de influenciar a decisão sendo que, dessa forma, a norma e a prática laboram em um hiperciclo que qualifica lógica e criticamente a valoração elaborada pelo juiz. Como adverte Nieva Fenoll⁶⁴, a decisão deve encerrar um elegante mecanismo coerencial para acertar a verdade possível – assim, explicita-se a significativa passagem ao largo do conteúdo das demandas.

O projeto de racionalidade do livre convencimento motivado abarca três frentes de reflexão: (a) as provas devem estar no processo; (b) com esse instrumental, a participação de todos os atores influencia o julgamento; (c) a motivação se legitima ao enfrentar esses *argumentos de prova*, bem como os cânones advindos *desde* o sistema jurídico.

A instrução é que fornece uma ancoragem argumentativa que será peremptória para a decisão⁶⁵. Daí que o *saber privado do juiz*, suas impressões particulares ou até mesmo pesquisas em redes sociais jamais podem influenciar um juízo de fato. Os exemplos apresentam um procedimento probatório sem conteúdo válido, sendo que o juiz deve se valer de um *ativismo respeitoso* para melhor instruir o processo, mas desde que isso não lhe conceda a possibilidade de entronizar uma rotina de devassa virtualizada por assessores em páginas de internet⁶⁶. O ajustamento dessa anotação é ainda melhor garantido quando os atos processuais são consubstanciados em elementos visíveis ao largo do procedimento, quer dizer, por intermédio de uma cadeia estruturada em contraditório material.

As faculdades, os deveres, os poderes, os direitos e os ônus processuais atendem a diretrizes que dialogam com a natureza da tutela jurisdicional⁶⁷. O processo

⁶⁴ NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 24.

⁶⁵ STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Trad. Andrés de la Oliva Santos. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, p. 73.

⁶⁶ Todas as atividades no processo devem ser contrabalanceadas, na tendência que as forças normativas implicam *desde fora e desde dentro* do processo, na ponderação entre efetividade e segurança jurídica. O juiz não pode ser arbitrário para dizer o que deve ser provado e como deve ser provado, havendo condicionamentos normativos e participativos nessa precaução. Ver MATTOS, Sérgio. O juiz é o destinatário da prova: porta aberta para o arbítrio? In MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coord.). *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 451/3.

⁶⁷ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Da 8ª ed. por Elaine Nassif. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2006, p. 80/3.

justo é preenchido por esses valores internos ao processo mesmo (como a efetividade e a segurança jurídica), mas que também busca uma totalidade de sentido a partir da finalidade última processual que é protagonizada pelo diálogo com o direito material⁶⁸. Vale dizer que a valoração da prova não pode ser apreendida *per saltum*, como algo em suspenso no desenrolar procedimental⁶⁹.

A decisão sobre a prova que reputa o resultado de que “algo está provado”, conforme Ferrer Beltrán⁷⁰, significa reputar o sentido conteudista equivalente à *suficiência* probatória – um modelo de corroboração objetivo. A *crença* do juiz não faz a verdade, assim como um meio de prova não é sinônimo da verdade, embora a decisão se valha da coerência enquanto critério de legitimação somado ao contexto probatório cuja inafastável sindicância é viabilizada (*apesar da crença* do juiz ou apesar da força preditiva de um meio de prova – o contexto pode indicar outra conclusão).

Na superação constitucionalizada do pêndulo entre o modelo persuasivo e o modelo demonstrativo, na passagem evolutiva pela relação entre prova e verdade, a valoração da prova transcende meras impressões empiristas ou ceticistas, tanto que o autor explicita que “estar provado” reúne questões como a probabilidade, a verossimilhança⁷¹ e a confirmação, deixando claro que o juízo de fato é sincrético e

⁶⁸ Abalizada doutrina, embora saliente a importância da verdade para a decisão justa, não escondem a prevalência da *crença* para a solução da decisão. Tais estudos são de um ceticismo que se explica pela linguagem genérica plasmada em muitas motivações judiciais (“o juiz é destinatário da prova”, “o juiz tem a discricção para resolver sobre a própria convicção”, dentre outros). Ver CATÃO, Adualdo de Lima. A relação entre prova processual e verdade dos fatos jurídicos diante do pensamento de Pontes de Miranda. *Direitos Fundamentais e Justiça*, ano 4, n. 13, out/dez 2010, p. 191.

⁶⁹ Os poderes instrutórios das partes e do juiz e, sobretudo, a decisão do juiz não é um *unicum*, mas um *continuum*, porque atende a um procedimento com vistas às finalidades legalmente estabelecidas. Na época das ponderações, sopesamentos, ecletismos e argumentações é fácil perceber que os sujeitos processuais trabalham em uma comunidade, como integrantes de um método de reconstrução dos fatos jurídicos, sendo que o processo desembaraça um sistema ou uma operação integrativa desses esforços contínuos que, obviamente, deve ter um final – todavia, um final previsível e não (muito) misterioso. Não existe uma gangorra entre poderes instrutórios do juiz e das partes, embora historicamente o formalismo tenha identificado movimentos pendulares nesse possível estado ideal de coisas. Ver TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a reconstrução dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 206.

⁷⁰ Ferrer Beltrán, *Prova e verdade...*, cit., p. 38. No sentido estrito da teoria desse autor, existem três momentos probatórios: a conformação dos fatos (relevância e admissibilidade), a etapa da valoração (interpretação) e a decisão. O presente texto adota a valoração como sinônimo de juízo de fato, com um conteúdo sincrético que retrata a prática da operação brasileira, sem perder a validade acadêmica da diferenciação. Tomada de decisão sobre o fato, valoração, juízo de fato, enfim, são enunciados que refletem a decisão sobre o contexto probatório – isso não retira a possibilidade de identificar os elementos pertinentes que encerram a teoria analítica proposta por Ferrer Beltrán.

⁷¹ O juiz está liberado de cadeias outrora formais, mas a tendência atual é racionalizar o sistema mediante “prevalência da verdade empírica extraída dos fatos da causa por meio da lógica e de critérios científicos”. O autor já explicava o que, hoje, é considerado critério epistêmico mais o critério jurídico. Ver OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Problemas atuais da livre apreciação da prova. In OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (org.). *Prova cível*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 52.

tendo em vista a função da prova como argumento que leva em conta as normas integracionistas do sistema. Porém, se a *verdade não é uma crença*, a prova reforça o supedâneo da hipótese, embasa a atividade mental de *aceitação reconstrutiva do juiz e tem como fio condutor a verdade. Pois a função da prova é a reconstrução da verdade.*

Conforme assinala Mirjan Damaška⁷², a vetusta perspectiva institucional que colocava a *jurisdição como núcleo da teoria* e da prática do processo permitiu que se renovassem argumentos *ad hoc* na fundamentação judicial. Noções como “o juiz é o destinatário da prova” ou “a descrição judicial permite uma refutação implícita de argumentos contrários” flertaram com um *solve et repete* motivacional: quando ocorrem os julgamentos e se massificam em linha de produção tais enunciados vazios de conteúdo, a motivação fica à deriva para ser manipulada sem maior possibilidade de controle intersubjetivo⁷³.

A contrapartida *formal* a essa crítica pode ser avistada no atual art. 489, §1º, do Código de Processo Civil⁷⁴ que elenca uma série de enunciados que tipifica uma sentença como “não fundamentada”⁷⁵. Na pretensa oposição de uma visão cognitivista, o legislador se valeu do mesmo estilo positivista, pautando analiticamente axiomas *mais procedimentais que conteudistas*. Inclusive, a leitura do dispositivo apresenta uma espécie de solução-tampão que parece repetir o mesmo *não-fazer* ao largo dos incisos. O problema não está em tentar racionalizar o juízo de fato por intermédio de um *cheklist* por negação, até porque se trata de modelo válido em ciências humanas. No ponto, a ausência de uma melhor segurança quanto ao elenco de fatores consiste em pretender que a fundamentação cubra todo o espaço de jogo da valoração sem, contudo, levar em conta a responsabilidade do juiz em ponderar a *natureza substancial* das coisas – pelo dispositivo, o juiz não precisa explicar os “motivos da própria compreensão” (o que seria uma racionalidade de primeiro nível) e desenvolver um discurso estruturalista.

⁷² DAMAŠKA, Mirjan R. *El derecho probatorio a la deriva*. Trad. Joan Picó i Junoy. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 39.

⁷³ Clermont assinala o abuso de discricionariedade para ilustrar a motivação nebulosa cujos motivos determinantes não são facilmente identificáveis e, conseqüentemente, dificultam o controle intersubjetivo. Ver *Standards of decision...*, cit., p. 45.

⁷⁴ TASSINARI, Clarissa; LOPES, Ziel Ferreira. Aproximações hermenêuticas sobre o art. 489, §1º, do CPC: “julgamento analítico” ou fundamentação da fundamentação? In ALVIM, Thereza Arruda et al. (coord.). *O novo Código de Processo Civil brasileiro* (estudos dirigidos: sistematização e procedimentos). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 92/3.

⁷⁵ O art. 315 do Código de Processo Penal, com a redação da Lei 13.964/19, estabelece a mesma regulação em sentido contrário: assinalar uma decisão não fundamentada, portanto ela é nula.

Embora não se concorde totalmente que a motivação *jamais* seja anterior à valoração, como defende Nieva Fenoll⁷⁶, o importante é considerar que motivação e valoração encerram limites funcionais distintos. A *motivação legítima ou faz chegar a um juízo*, porém ela mesma não consiste nesse juízo de fato – são fenômenos distintos. Além disso, uma racionalidade de segundo grau pode fazer com que o juiz relacione o que ele considerou preponderante para a decisão (em termos de “convencimento”), mas não pode olvidar de uma racionalidade de primeira ordem, quando ele refere os motivos da própria compreensão (aqui a razão substancial da motivação-decisão). Essas perspectivas se relacionam na simbiose de um juízo apofântico e apodítico, próprio da inseparabilidade entre fato e direito. Daí que a sistemática analítica que separa valoração e decisão não é peremptória para aparelhar a motivação – em primeiro lugar, porque na prática valorar e decidir acabam sendo operações sincréticas, em segundo lugar, porque o esforço analítico seria mais bem-vindo caso pormenorizado no bojo da motivação, ao invés de se tentar sotopor a motivação na valoração ou na decisão (essa última tarefa reproduz mais academicismo que prática).

De qualquer maneira, o dispositivo acelera contra a reiteração de motivações *ad hoc* que é fenômeno crescente na prática algorítmica judiciária. Ademais, a ordem de críticas ao livre convencimento judicial ressalta que *não* existe ilimitada liberdade no juízo da prova – o controle intersubjetivo é possível. Abalizada doutrina⁷⁷ salienta a sintaxe do art. 371 do Código de Processo Civil que, diferentemente do revogado art. 131⁷⁸ do CPC/73, não reproduz a expressão que o juiz “apreciará

⁷⁶ *La Valoración...*, cit., p. 23. A motivação que se fala não precisa ser a sentencial, ainda mais quando se defende que a decisão é produto de um fluxo de conhecimento que vai ganhando profundidade no amearhar do contexto probatório. Não se trata de algo instantâneo.

⁷⁷ A contribuição crítica de Lenio Luiz Streck é muito valiosa, desde o projeto do CPC, na medida em que ele ressalta a problemática de um emaranhado de enunciados criar uma “crença na plenipotenciariade dos conceitos”. Além disso, o autor chama a atenção para o risco desses conceitos serem manuseados politicamente, por um desvio democrático que ele denomina de “judiciariocracia”. A mudança na legislação deixa de ser virtuosa quando a literalidade permite um *incremento demasiado do ativismo* firmado em cláusulas genéricas como o axioma “o juiz é o destinatário da prova” e, portanto, ele pode fazer como quiser. Ver STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas (o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiano). *Revista de Informação Legislativa*, ano 52, número 206, abr/jun de 2015, p. 38. Respeitosamente, a presente proposta não encampa o término do livre convencimento, conforme o subtítulo do ensaio de Lenio Luiz Streck. Contudo, o discurso desse autor merece referência pela sincera crítica ao conceitualismo e ao método de trabalho centrado na jurisdição. Diferente de uma teoria do processo cujo núcleo é a jurisdição, assim como parece que Lenio defende, a teoria e a prática do processo apresentam como núcleo o processo colaborativo (ou mais incisivamente: o núcleo do processo como sendo a tutela dos direitos).

⁷⁸ Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

livremente a prova”. Com a retirada da palavra “livremente”, em uma penada o Código de Processo Civil de 2015 teria decretado o fim do sistema da persuasão racional⁷⁹.

Evidente que a literalidade do código não permite decretar que o modelo adotado se aproxima de um modelo objetivo de corroboração⁸⁰. Esse estado de coisas já é subentendido pela lógica e pela racionalidade de matriz epistêmica. Agora, em termos jurídicos, *não* se confere ideal previsibilidade à tomada da decisão sobre a prova, com a propositura dos novos enunciados promulgados no art. 489 do Código de Processo Civil. Em nenhum momento explicitamente se ressalta a importância do direito material e o caráter sincrético de pautas que serviriam para um possível controle do juízo de fato. Daí que a visível solução encomendada, de caráter tendencialmente formalista, acaba dispersa em uma única função pressuposta pelos autores da nova legislação – a estruturação procedimental da sentença.

A nova redação do Código de Processo Civil merece encômios, ainda que a decisão permaneça distanciada da metódica inclusivista da instrução – ainda que pareça não distinguir epistemologia e juízo de increpação jurídica. Esse problema é maior que formalmente capitular a motivação judicial por entre figuras argumentativas aparentemente jurisprudencializadas. O modelo corroborativo objetivo da prova continua defasado em termos de funcionalidade porque convive amalhado com a proeminência de uma motivação advinda *mais do convencimento* que decorrente do programa de racionalidade da prova. Tal ressalva que deveria estar explicitada, ainda que a segurança jurídica imanente ao sistema e o art. 369 do Código de Processo Civil permitam inferir essa maneira de observar as coisas.

A limitação da *liberdade* do convencimento judicial, portanto, deve ser legitimada por uma solução de contexto que não mantenha em suspenso os mistérios da decisão – o julgamento busca a verdade e a atitude proposional do juiz é de *aceitação* de suficiência de um contexto probatório: a *crença* pode se anteciper à *aceitação*, mas a

⁷⁹ A Escola de Direito da Unisinos, capitaneada por Lênio Streck, reproduz que a fase metodológica do processo que colocava a jurisdição no centro da teoria trabalhava com o esquema filosófico bilateral na relação sujeito-objeto, algo que a hermenêutica reformulou para a condição de possibilidade da linguagem, devendo haver um detalhamento discursivo na fundamentação da decisão como algo a ser descoberto. Essa preocupação com a semântica peremptoriamente é reportada pela importância que se confere ao recorte da palavra “livre” do dispositivo legal. Embora, respeitosamente, defenda-se que a solução está no sistema, e não em um texto articulado, ainda que o art. 489 reproduza uma série procedimental a *contrario sensu*. Ver TEODORO, Warlen Soares; MIGUEL JR., Waldir. O processo constitucional democrático e a condução da prova pelo juiz na busca da verdade. *Revista Brasileira de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*, ano 12, n. 15, p. 196.

⁸⁰ RAMOS, Vitor de Paula. O procedimento probatório do Novo CPC. Em busca de interpretação do sistema à luz de um modelo objetivo de corroboração das hipóteses fáticas. In DIDIER JR., Fredie (et al.). *Direito probatório*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 129.

crença jamais pode preponderar ou ser o fio condutor do processo decisório, o veredicto é prolatado *apesar* de psicologismos ou intuicionismos. Vale dizer que o juízo de fato deve canalizar a realidade das coisas na perspectiva dos valores envolvidos, tendo em vista o supedâneo primeiro da epistemologia e a convivência dos valores jurídicos para a tomada da decisão. Uma sobra de críticas e de arestas sempre haverá, pois é peculiaridade de qualquer construção cultural. O núcleo do juízo de fato permitirá um espaço de jogo, mas pontos de vista estruturados pelo direito material marcam as diretrizes de um diálogo e de um possível controle sobre o veredicto, ainda que eles *não* tenham sido expressamente elencados em regras do Código de Processo Civil – eles decorrem do próprio constitucionalismo e do dever de controlar o poder.

O próprio sistema jurídico implica força normativa aos standards da prova, isso advém da Constituição e da função precípua do processo – entregar a tutela do direito. As premissas avistadas *desde* a tridimensão da tutela podem ser valoradas para conferirem uma graduação na *suficiência* da intensidade probatória. Afinal, elas servem como medidas de regulação que limitam e compensam os riscos de uma decisão empiricamente falseável, mas que passa a ser tecnicamente justa para a distribuição do risco de erro entre as partes no processo. Fenômeno que amealha o critério epistêmico ao critério jurídico e *não* decreta o triste fim do livre convencimento motivado, mas lhe confere um compromisso com a pretensão de correção material ao largo de todo o expediente, assentado no indelével diálogo entre as fontes de direito e processo, sobretudo, no contexto da racionalidade epistêmica.

4 Os elementos para uma decisão racional sobre a prova

O fundamento jurídico-político permite identificar o escalonamento ou a graduação dos standards da prova⁸¹ no tocante ao grau de corroboração da hipótese (intensidade do contexto de prova)⁸². Em seguida, os requisitos metodológicos do preenchimento dos standards são identificados de maneira mediata, daí invocando os

⁸¹ TUZET, Giovanni; FERRER BELTRÁN, Jordi. Sulla necessità degli standard di prova per la giustificazione delle decisioni giudiziali. In: https://www.researchgate.net/publication/331701366_Sulla_necessita_degli_standard_di_prova_per_la_justificazione_delle_decisioni_giudiziali, acesso em 06-11-2020, *passim*.

⁸² Kevin Clermont também se vale desse instrumental que pondera a gravidade do erro judiciário como fundamento para elaborar metodicamente os standards da prova como regras de decisão a depender de critérios previstos no sistema jurídico. Ver CLERMONT, Kevin M. *Standards of decision in law* (psychological and logical bases for the standard of proof, here and abroad). Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 2013, p. 13.

cânonos epistêmicos que estruturam o instituto: (a) o fundamento jurídico-político consiste em que o standard da prova pondera a gravidade do erro judiciário na avaliação da prova e efetua a divisão do risco dessa falibilidade institucional entre as partes no processo; em termos (b) metódico-estruturantes devem ser levados em conta critérios intersubjetivamente controláveis, qualitativamente válidos pelo sistema e que indiquem a racionalidade para uma escala de graduação de intensidade da corroboração da hipótese.

A primeira questão que se apresenta na conjugação de racionalidades epistêmicas (como a probabilidade) a outros elementos jurídicos (como a relevância) é decorrente do referencial hermenêutico e da lógica argumentativa. Afinal, elas explicitam que fato e norma são inseparáveis na concretização⁸³ do direito⁸⁴. A hermenêutica relaciona o *ser* com o *dever-ser*⁸⁵ por intermédio da compreensão integrativa que transita do objeto para a pessoa, da pergunta para a resposta, do todo para a parte, do fato para a norma, do texto para o contexto, em uma circulação de mosaico com a função de resolver as questões da maneira mais correta o possível⁸⁶.

Evidente que a força da tradição⁸⁷ legitima democraticamente⁸⁸ as sucessivas interpretações na coordenação entre fato e direito, na prática, entabulando

⁸³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 10 ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 406.

⁸⁴ LANES, Júlio Cesar Goulart. *Fato e direito no processo civil cooperativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 109/10.

⁸⁵ RICOEUR, Paul. *Hermenêutica e ideologias*. Trad. Hilton Japiassu. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 23 e 41.

⁸⁶ A cibernética reconheceu a complexidade desse movimento de entrada e saída dos contextos. A questão é separar e identificar o problema de maneira anatômica, para daí extrair uma nota sobre uma saída mais interessante o possível. Ver MORIN, Edgar. *Introdução ao Pensamento Complexo*. Trad. Eliane Lisboa. 5ª ed. Porto Alegre: Sulina, 2015, p. 35.

⁸⁷ A espiralização hermenêutica vai ao encontro da lógica argumentativa porque “uma tradição é uma argumentação, desenvolvida ao longo do tempo, na qual certos acordos fundamentais são definidos e redefinidos em termos de dois tipos de conflito: os conflitos com críticos e inimigos externos à tradição que rejeitam todos ou pelo menos parte essenciais dos acordos fundamentais, e os debates internos, interpretativos, através dos quais o significado e a razão dos acordos fundamentais são expressos através do progresso cuja tradição é constituída. Tais debates internos podem ocasionalmente destruir o que tinha sido a base do acordo fundamental comum, de modo que ou uma tradição se divide em dois ou mais componentes do conflito, cujos adeptos são transformados em críticos externos de suas respectivas posições, ou a tradição perde toda coerência e não sobrevive. Pode também acontecer que duas tradições, até então independentes e mesmo antagônicas, passem a reconhecer certas possibilidades de acordo fundamental e se reconstituam como um debate único e mais complexo”. A fusão de tradições ou a separação de tradições ambiente que os aspectos históricos (fatos), sobretudo, culturais, influenciam ou determinam as variantes da vontade na eleição das determinações ou contingências dos textos normativos – por consequência, acarreta o cambiamento da norma, desde a interpretação/compreensão do dispositivo até a aplicação do direito. Ver MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* Trad. Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Edições Loyola, 1991, p. 23/4.

⁸⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 10 ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 356.

uma espécie de estabilidade marcada pela qual evoluem os sistemas jurídicos. Por analogia a esse confronto entre o texto de hoje e a percepção conservadora de outrora, Josef Esser⁸⁹ refere que no diálogo interno ao processo a operação hermenêutica⁹⁰ confronta as afirmações formuladas em contraditório para que o juiz elabore a decisão *in statu assertionis*, desde a evolução do debate até o momento do provimento: em *continuum* como um fluxo de conhecimento que é produto de um processo escalonado que valora o contexto probatório *apesar* da crença do julgador⁹¹.

Por isso que trabalhar com a estrutura das dimensões da tutela – conforme o derradeiro capítulo identifica – é deveras importante, considerando que os aspectos do “fato juridicamente relevante” já pressupõem uma narrativa que lhe coloca no centro da atenção em demanda. O núcleo e a finalidade do problema dos standards está em entregar a tutela do direito da maneira específica harmonicamente escalonada metodicamente.

O hiperciclo hermenêutico reforça a trama inconsútil entre questão de *fato* e questão de *direito*⁹². Ao estudar a admissibilidade do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça, Danilo Knijnik⁹³ salienta que a conurbação entre fato e direito pressupõe a tridimensão da experiência jurídica. Assim, ele propõe uma *terceira* questão – uma questão mista como um *tertium genus* que ora é tendente para o fato, ora é tendente para o direito, salientando o caráter *virtual* da questão⁹⁴. Ou seja, a visualização dos juízos ou dos valores que são extraídos dos *efeitos condicionados pela norma em relação aos fatos* depende de uma metodologia integrativa, coesa, consistente e contempladora dos elementos veiculados de maneira que se estruture o suporte das

⁸⁹ ESSER, Josef. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*. Trad. Salvatore Patti; Giuseppe Zaccaria. Camerino: Edizioni Scientifiche Italiane, 1983, p. 133.

⁹⁰ O juiz se aproxima do caso com uma “certa <pré-compreensão>, cuja <constituição> já é determinada por uma <espécie de ‘pré-decisão’>”. A cada afirmação, o entendimento *prima facie* pode se modificar para um entendimento *pro tanto*. Finalmente, um desvio de narrativa pode surpreender o entendimento inicial, mas o importante é apreender que uma série de pré-concepções estão insertadas através da metodologia do contraditório. ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6ª ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 108.

⁹¹ RECASÉNS SICHES, Luis. *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica “razonable”*. México: Dianóia, 1971, p. 537.

⁹² SCHAUER, Frederick. *Il ragionamento giuridico: una nuova introduzione*. Trad. Giovanni Battista Ratti. 3ª ed. Roma: Carocci Editore, 2018, p. 262.

⁹³ KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, *passim*.

⁹⁴ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Madrid: Editorial Aranzadi SA, 2005, *passim*. O autor ressalta os efeitos virtuais da norma e das decisões, como acontece, inclusive, na letra do sistema positivo – vide arts. 55, §3º e 503, §1º, ambos do CPC. O valor consiste no efeito jurídico condicionado pela norma, ou seja, necessário bem visualizar as premissas para racionalizar a força dessa virtualidade, condicionando-a.

hipóteses⁹⁵ e se funcionalize o programa da norma⁹⁶. Daí que a *função de argumento* da prova se compromete com a superação do silogismo, ensejando a ponderação e a analogia como operações para a decisão⁹⁷.

Manuel Atienza⁹⁸ refere que argumento é uma atividade e também consiste em um resultado. Assim, na passagem compreensivista da hermenêutica para o esforço discursivo justificatório ocorre uma simbiose que reúne inteligência e volição⁹⁹, bem como pode se assinalar um sincretismo que imbrica fatos↔normas. O juiz possui um “poder complementar indispensável que lhe permitirá adaptar a lei aos casos específicos. Se não lhe reconhecessem tal poder, ele não poderia, sem recorrer a ficções, desempenhar sua missão, que consiste no solucionamento dos conflitos: a natureza das coisas obriga a conceder-lhe um poder criativo e normativo no domínio do direito”¹⁰⁰. Em decorrência, a decisão do *juiz não explicita uma opinião estritamente pessoal*, antes a motivação deve demonstrar a pretensão de universalidade que a validade dos argumentos alvitra desde o sistema das fontes¹⁰¹.

Já que o processo trabalha com enunciados e na medida em que abaixo se alinhava os *esquemas epistêmicos de probabilidade e de confirmação* de hipóteses que se verticalizam em direção ao *critério jurídico da virtual suficiência da prova*¹⁰², parece evidente que a valoração da prova abarca um cânone epistêmico e um cânone jurídico¹⁰³. O direito *não* é uma caixa hermética com soluções únicas, contudo, é produtivo sistematizar os standards que emprestam calculabilidade às decisões na perspectiva da tutela do direito – porque é o *direito que reputa algo como “suficiente”*, sendo que a *epistemologia mediatamente repercute a ilocução (a força) para ratificar metodologicamente o risco da falibilidade institucional na valoração da prova*.

⁹⁵ MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. Trad. Peter Neumann. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 45.

⁹⁶ O fenômeno do hiperciclo é uma constante na experiência jurídica, as percepções analíticas são formadas para fins mais teóricos que práticos, como ressalva Nieva Fenoll, ao indicar que interpretação da prova não pode ser operativamente dissociada da valoração da prova. Ver *La valoración...*, cit., p. 163.

⁹⁷ Robert Alexy, *Teoria...*, cit., p. 23.

⁹⁸ ATIENZA, Manuel. *O direito como argumentação*. Trad. Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014, p. 94 e seguintes e 321.

⁹⁹ Júlio Cesar Goulart Lanes, *Fato e direito...*, cit., p. 75.

¹⁰⁰ PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*. Trad. Vergínia K. Pupi. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 203.

¹⁰¹ Idem, p. 220.

¹⁰² A justificação interna e externa, consagrada por Wróblewsky, e que sempre é respeitada pela dogmática. Ver Riccardo Guastini, *Interpretare...*, cit., p. 193.

¹⁰³ Robert Alexy, *Teoria...*, cit., *passim*.

No mesmo sentido, uma perfunctória dimensão estruturalista da teoria da norma jurídica afirma que a linguagem elaborada enunciada com base em suportes fáticos socialmente consagrados. H. L. A. Hart¹⁰⁴ refere que os textos das normas regulamentam padrões de conduta que podem abrir espaços a uma complementação estratégica (*open texture*) que as palavras necessariamente abarcam. Daí se falar no elemento sociológico ou realista das orações textualizadas¹⁰⁵. Embora Hart seja um positivista que não trabalhou com profundidade a aplicação do direito, ele se autodenomina e deixa entrever um realismo moderado que explicita a possibilidade de falibilidade institucional.

No estudo da teoria da norma, ainda, o criticismo de Friedrich Müller assinala que o *âmbito fático da norma* não se trata de algo costurado ao programa da norma – o ser e o dever-ser *não* são instâncias justapostas¹⁰⁶, mas elas se tratam de fenômenos indissociáveis e que merecem um aperfeiçoamento em hiperciclo prático. Com efeito, o deducionismo resiste e pode ter algum espaço nos casos mais fáceis, porém, o direito concreto não pode se quedar sempre estático com base em operações meramente subsuntivas.

Owen Fiss¹⁰⁷ adota uma concepção de meio-termo: ao mesmo tempo em que o juiz não tem poderes ilimitados ao julgar, como critica a doutrina de Sanford Levinson, o juiz também não está estritamente limitado pelo texto das fontes, consoante defende a linha de pensamento exegético de John Ely e Michael Perry. Se isso acontece no plano de interpretar normas¹⁰⁸, evidente que no momento do juízo de fato em se

¹⁰⁴ *O conceito...*, cit., p. 166 e prefácio, p. X.

¹⁰⁵ Hart comenta sobre as *open texture rules*, bem como sobre a possibilidade da complementação dessas normas por interposição da Administração, do Judiciário e mais recentemente até por agências não estatais de poder. Na democratização, que remete à desinstitucionalização (populismo) das fontes, ganham espaço as convenções cuja força vinculante depende do grau de civilidade do *pacta sunt servanda* em cada contexto social. Aliás, a PEC6 da Reforma da Previdência passou a levantar muitos aspectos como *desconstitucionalizáveis*. A importância do tema é sobre instrumentos de regulação baseadas em fontes menos rígidas, ora com força na autonomia privada ou público-privada para surtirem efeitos de complementação da *hard law*, ora com força implicada por fontes estatais menos ortodoxas que o texto da lei. Ver LAMEGO, José. *Elementos de metodologia jurídica*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 35.

¹⁰⁶ MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. Trad. Peter Neumann. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 45, 57, 68. “A linguagem não é aqui instrumento passivo dessa atuação jurídica, mas meio, melhor ainda, espaço de atuação.” A linguagem é condição de possibilidade para concretizar o direito.

¹⁰⁷ FISS, Owen. O julgamento enquanto prática. In FISS, Owen. *Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade*. Trad. Carlos Alberto de Salles. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2017, p. 251.

¹⁰⁸ A interpretação é um *continuum* que abarca não apenas a unidade da norma, mas também se trata de operação referenciada pela totalidade do sistema jurídico e pelas forças que lhe conferem coerência. Deve ser contextualizado, assim, a depender da categoria dos bens jurídicos que estão em pauta. Twining e Miers referem que “the word ‘interpret’ is used suggest a wider role for the interpreter, one that involves an element of elaboration or choice or even of creation. Typically it calls for exercise of the elusive

tendo a prova como argumento, um caso difícil reúne hipóteses que por suposto devem ser reconstruídas na perspectiva de um sistema jurídico que condiciona a própria tomada da decisão enquanto um *continuum*¹⁰⁹ com força de narração normativa.

A singela lembrança da dogmática assinala que o sincretismo entre a questão de fato e a questão de direito é produto da circularidade¹¹⁰ harmonizadora do sistema jurídico que gerencia as funções estatais e afirma uma metodologia das decisões conforme a Constituição (ou com uma interpretação que se volte aos ditames constitucionais). Os fatos tem importância e desenvolvem as noções de probabilidade e confirmação que podem ser avistadas no avanço que as ciências impulsionaram.

Todavia, esses fatos não aparecem sozinhos, eles estão carregados de contexto argumentativo que os funcionaliza pela prova. Eles são os *factos previstos pela norma*, daí que as balizas ou pautas que podem fornecer algum controle ao juízo de fato está organizado por valorações em frequente diálogo de espiralização com o nexa material do qual se extraem as tendências do provável – implicações compromissadas com o fio condutor da verdade e na perspectiva da *suficiência* do contexto naquilo que a racionalidade e a lógica anteveem à imbricação dos valores jurídicos (desde a formação da prova, com a admissibilidade e relevância, até a valoração, com os cânones da racionalidade e da lógica).

A valoração da prova subentende um critério epistêmico e mais um superposto critério jurídico: um movimento que resulta na mais-valia *suficiência* que abarca indução, inferência, analogia e, conseqüentemente, a *virtual* aproximação do direito à realidade social com o supedâneo da valoração da tridimensão da tutela do direito. Eleonora Cresto¹¹¹ sintetiza que a decisão jurídica não pode ser onticamente equiparada a uma decisão prática – contudo, “el uso de la decisión en ámbito jurídico pertenece a un terreno resbaladizo entre el dominio práctico y el puramente epistémico”.

qualify of ‘judgement’.” O que evidencia que a interpretação não é *sobre* o direito – antes ela cria o direito, ela interpreta *no* direito e *do* direito. Ver TWINING, William; MIERS, David. *How to do Things With Rules*. London: Cox & Wyman Ltd., 1976, p. 83.

¹⁰⁹ Um *continuum* de segundo grau: reúne fatos e normas. Existe uma estrutural correspondência entre a instrução e a motivação da decisão sobre as provas.

¹¹⁰ Um sistema coordena uma coesão axiológica (coerência) no sentido de reconduzir as normas aos escopos previstos (justiça e pacificação). Um sistema preordena a uma coerência lógica (consistência) no sentido de organizar a resolução de antinomias, os conflitos e as incompatibilidades normativas. Um sistema ostenta a pretensão de completude no sentido de estabelecer pautas móveis para a decisão de causas nos quais a discricção da autoridade é imprescindível. Em todos os desdobramentos, o sistema é resultado da operação sistematizadora do operador, é questão de *metodologia*, porque se trata de uma diuturna reconstrução de paradigmas frente aos novos problemas que se apresentam à rotina jurídica. Ver Guastini, *Argomentare...*, cit., p. 293/5.

¹¹¹ Uma teoría de la prueba..., cit., p. 93.

Quer dizer que epistemologia não preenche totalmente a valoração, mas ainda sobra espaço para critérios jurídicos na tomada da decisão sobre a prova, razão pragmática pela qual o presente ensaio não dispõe analiticamente, como o fez Ferrer Beltrán, a *valoração da prova distinta da decisão sobre a prova* – em direito brasileiro, ao menos com *força ilocutória da operação jurídica na prática*, a valoração abarca o resultado do “estar provado que *p*” e o de “ser tido como provado *p*” ainda que tais enunciados eventualmente não correspondam a uma verdade absoluta, mas sobretudo levando em conta fatores lógico-rationais e jurídico-normativos que se imbricam no discurso prático.

4.1 A probabilidade (estatística, subjetiva e lógica) como esquema operativo tendencialmente epistêmico

O estudo da probabilidade¹¹² é para afastar intuicionismos ou subjetivismos que levariam ao abuso de discricionariedade na tomada de decisão sobre as provas. A probabilidade geralmente pode ser dividida entre (a) probabilidade de eventos e (b) probabilidade de proposições.

A probabilidade de eventos mede a frequência com que determinado fenômeno aconteça empiricamente, inclusive levando em conta uma comparação entre a probabilidade desse evento não ocorrer (dicotomia entre ocorrência ou não ocorrência). Essa perspectiva coordena as premissas e as respectivas conclusões com base em noções hauridas da repetição de fenômenos e se subdivide em probabilidade estatística (matemática) e probabilidade subjetiva.

¹¹² A doutrina clássica não problematizava aspectos indicativos de uma racionalidade entre o provável e o improvável. Tradicionalmente se destacava a polarização entre o verossímil e o provável, que encontrava endereço na filosofia kantiana, bem como nas justaposições entre o ser e o dever-ser de matriz neokantiana. O filósofo referia que “a verossimilhança é tão-só grandeza da persuasão; a probabilidade é um acercamento à certeza. Na probabilidade deve haver sempre um critério, segundo o qual se possa avaliar. Tal critério é a certeza. Pois, ao ter de comparar as razões insuficientes com as suficientes, devo saber quanto cabe à certeza. Mas semelhante critério está ausente na verossimilhança, porque aqui não comparo as razões insuficientes com as suficientes, mas apenas com as razões do contrário”. Avaliar a certeza como critério chega a ser um paradoxo: o critério consiste em uma medida de comparação objetiva, do contrário não é um critério, mas uma conjectura que pode levar a uma crença. Ainda, vale dizer que é notável uma dicotomia que *fecha* ambos os fenômenos no hermetismo do próprio destinatário da informação (o sujeito que deve ser persuadido), sem uma maior participação de contraditório-reconstrutivo atribuído aos demais atores da discussão. Com efeito, a influência do ensinamento kantiano é filosófica e pautada para o universo. Daí que se trata de doutrina moderna, pensada em uma pressuposta neutralidade epistêmica vigente que colocava em segundo plano as questões pragmáticas e as tendências culturais que permeiam todos os movimentos do processo. O processo justo contemporâneo é dinâmico por essência, portanto, sujeito às implicações de abertura do sistema e da sincretização das estruturas que encorpam os valores precípuos do ordenamento – o virtual jurídico está imbricado ao epistêmico. Ver KANT, Immanuel. *Lógica*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Texto & Grafia, 2009, p. 81.

De outro lado, a probabilidade de proposições leva em conta os *estados mentais* do sujeito que analisa determinada situação. Gascón Abellán também denomina essa modalidade como esquema de “confirmação”, porque além de uma suposta medição empírica de repetições análogas que é pressuposta de uma ideia de *background*, passa a ser determinante o “conhecimento de mundo” do sujeito que elabora as decorrências lógicas entre a premissa e a conclusão – nesse sentido que se fala em probabilidade lógica ou indutiva¹¹³.

No desdobramento das espécies de probabilidades, as três modalidades merecem uma apertada referência.

A probabilidade quantitativa, matemática ou estatística faz referência a uma repetição de eventos em determinado conjunto de hipóteses. Levando em conta o sorteio do número 5 em um jogo de dados, existe a chance de 1 para 6 que aconteça tal achado. Esse tipo de constatação é objetivamente válido, porém não encontra uma aplicabilidade prática ao caso processual – pelo contrário, leva a questão da probabilidade matemática a uma solução de generalidade diferente do particularismo do caso em discussão. A expectativa de redução de erros apreende em consideração um universo metaprocessual que retira a força preditiva para o caso concreto. A probabilidade quantitativa é a teoria mais comentada porque fornece uma estrutura conceitual de maior entendimento para as demais escolas¹¹⁴. O sucesso dessa doutrina se deve à impressão dela ser fidedigna, na medida em que afirmada em numerações matemáticas entre 0 e 1 para cada variante, embora a cardinalização reforce ou afaste a força para uma indução subjetiva sobre a prova.

Porém, considerando que as hipóteses concretas não podem ser diretamente cotejadas ao genericamente esperado pela estatística, o grau de inconstante precisão infirma o sucesso dogmático dessa teoria. A sobreposição de numerais serve para uma única hipótese, mas já causa problemas no exemplo de haver outras variantes. MacCormick¹¹⁵ assinala o perigo de fazer equivaler um fato generalizável (pela estatística) como um evento universalizável. “<Universal> e <particular> são

¹¹³ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho n. 28, 2005, p. 129. Outras subclassificações são admitidas, como a “inferência para a melhor explicação” que se vale de abdução e dedução nas respectivas escolhas lógicas. O importante é assentar que probabilismo e esquema de confirmação podem ser utilizados sincreticamente, consoante a lição de Eleonora Cresto, que defende a utilização da IME temperada por um moderado quantitativismo. Ver *Una teoría de la prueba...*, cit., p. 89.

¹¹⁴ Michele Taruffo, *A prova...*, cit., p. 31.

¹¹⁵ MACCORMICK, Neil. Universais e particulares. In MACCORMICK, Neil. *Retórica e estado de direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 117.

propriedades lógicas, enquanto a generalidade e a especificidade são propriedades quantitativas.”¹¹⁶ Esse último (universalizável) que merece uma solução valorativa que pode alicerçar uma hipótese particularmente válida – em contrapartida, a generalização serve enquanto ponto de apoio abstrato e consiste em uma questão “de grau” para qualquer caso análogo, a despeito da especialidade do caso concreto¹¹⁷.

A estatística reproduz uma força *a latere* do caso concreto que geralmente é utilizada como argumento acessório de validação. Os cálculos empíricos das repetições que acontecem nas comunidades podem servir de fonte de apoio racional sem, contudo, chegar ao ponto de abalizarem peremptórias soluções para uma tomada de decisão em um caso particular. Nesse sentido que a probabilidade matemática ou de eventos foi mitigada para uma probabilidade denominada subjetiva, que se vale de teoremas binários que implicam projeções que trafegam de eventos mais factíveis (numeral 1) ou eventos menos factíveis (numeral 0). A fórmula restou consagrada como teoria de Bayes, em cuja base do raciocínio se avalia o índice de probabilidade em cotejo com a verificacionalidade da questão enquanto contrapredição de aleatoriedade¹¹⁸.

O probabilismo subjetivo também é denominado probabilismo bayesiano e consiste na elaboração de um sincretismo entre a pura matemáticas-estatística e o grau de “crença” sobre a ocorrência de determinado evento decorrencial. Essa modalidade *mede o grau de força ou crença racional* do operador em uma escala de 0 até 1, para pesar as evidências que repute confirmada uma hipótese, conforme Ferrer Beltrán¹¹⁹. Embora a numeração análoga possa dar uma impressão de objetividade, o probabilismo subjetivo envolve cálculos condicionais¹²⁰ complexos que tentam ser mais próximos das particularidades do caso. Além disso, na medida em que cada numeração não é definida

¹¹⁶ Idem, *ibidem*, p. 125.

¹¹⁷ A crítica de Taruffo também é no mesmo sentido porque o problema da estatística se refere a uma frequência de uma situação cuja população ou amostragem se desconhece, sem falar que outros aspectos determinantes da predição inicial podem ser totalmente ignorados para o julgador do caso concreto. Duas visões de mundo separadas entre generalidade abstrata e a particularismo aleatório que ensejam paradoxos. Ver TARUFFO, Michele. Statistics: notes about statistical evidence. In ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTTE, Rogéria (org.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos* (estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 510.

¹¹⁸ Anderson and Twining, *Analysis...*, cit., p. 421.

¹¹⁹ *La valoración...*, cit., p. 108.

¹²⁰ A probabilidade de jogar um dado e resultar no número três é uma, em seis chances. Trata-se de exemplo de probabilidade simples. De outro lado, a probabilidade condicional fica dependente de vários fatores, que vão se sucedendo em escalas de cada vez maior complexidade, por isso que o teorema de Bayes se vale de proporções diretas e frações inversas (1/x), o que vale dizer que com a alteração de cada variável se perde o controle da continuidade do resultado do cálculo. Um cálculo condicionado por variáveis de recíproca alternabilidade.

previamente à apresentação da hipótese e da contrapredição, o cálculo probabilista depende de uma imputação¹²¹ por parte do observador. Vale dizer que imputar 0,5 ou 0,7 de probabilidade para uma prova que deve confirmar uma determinada hipótese é algo que fica à deriva de uma construção que não permitiria a universalização do resultado do cálculo – a crítica da generalização em prejuízo da universalização acaba também sendo recorrente a essa modalidade.

Duas situações podem levar a probabilidade subjetiva a uma significativa complexidade. Como se parte da imputação matemática de uma probabilidade de um evento “E” a uma hipótese “H”, a depender das oscilações que subjetivamente podem ser implicadas em termos do mais provável ou do menos provável, pelo observador, dentre o intervalo de 0 até o 1, é possível enfrentar um trajeto incerto ou falseável até o acerto do escopo da alvitada verdade. Em outras palavras, a questão da probabilidade fica à deriva de uma *atividade mental mais próxima da crença ou do conhecimento parçicular do sujeito-observador* – ao invés de manter fiabilidade a uma situação de contexto que pode ser utilizada por outro observador e chegar a um mesmo score. No exemplo, o número “zero” equivaleria ao argumento falso e os quantificadores que vão se contabilizando para atingir o número “um” incrementam o grau de aproximação da prova ao verdadeiro¹²². Ressalta-se que essa suposição de verdade arrosta da “verdade como correspondência” para quedar para o lado de uma verdade como *crença*.

Além disso, Gascón Abellán¹²³ adverte que a fórmula bayesiana está preparada para um cálculo matemático relativamente simples a ser aplicado ao caso-base. A hipótese “H” a ser averiguada pressupõe a *valoração atomística de uma única prova* que versa diretamente sobre a hipótese, *sem falar em contexto ou amalhado holístico* nessa formulação probabilística. Ou seja, isso transcende toda a formação funcional-estruturante dos standards da prova que trabalham com a dúvida, com o *case*, com a incindibilidade fato-direito e com uma situação de suficiência de corroboração de hipótese levando em conta as contrapredições rivais. A pluralidade de elementos de prova relativos a uma hipótese em uma cascata inferencial (ou a prova de uma hipótese referente a fato complexo) infirmam a já claudicante precisão da metodologia dessa

¹²¹ Segundo Kevin Clermont, esse modelo de atribuição matemática a um “peso da prova” não é realista, considerando que a cognição humana se vale de experiências e proposições “não quantitativas” para aproximar a prova à realidade. Ver *Standards of decisions...*, cit., p. 121.

¹²² ANDERSON, Terence; TWINING, William. *Analysis of evidence: how to do things with facts based on Wigmore’s Science of judicial proof*. Evanston, Illinois: Northwestern University Press, 1991, 404.

¹²³ Sobre la posibilidad de formular..., cit., p. 131-2.

modalidade, considerando que as variáveis são desencontradas aos auspícios alcançáveis em apenas um sentido atomístico de hipótese-probabilidade-conclusão.

Um cálculo de variável dicotômica funciona com precisão¹²⁴ – a probabilidade de sair cara ou coroa em um jogo de moeda. Agora, a complexidade da apreciação se alavanca quando diversos outros eventos em cascata aparecem no decorrer desde a premissa até a conclusão; ou quando o próprio fato complexo em si mesmo não permite uma convergência unitária de alternativas aleatórias.

Eleonora Cresto¹²⁵ refere que o comprometimento do bayesianismo com uma graduação imputada, ainda que pontuada em esquema numérico, *não* permite que um programa aritmético supere a subjetividade das variáveis. A perspectiva objetiva (matemática) e subjetiva se fundem em melhor proveito de uma estimativa ou da esperança que a estatística se confirme. Justamente, Ferrer Beltrán¹²⁶ critica essa dependência do teorema em relação a prévias tomadas em estatísticas, o que retira a viabilidade de um julgamento equipolente em casos particulares que escapam dos patamares de repetição catalogada. Afinal de contas, *seja objetiva ou subjetiva, ambas as probabilidades partem de estatísticas que são algo metafísicas ao problema em concreto a ser examinado* (sem falar que dispensam o julgamento holístico para avaliar o meio de prova atomisticamente). Necessário lembrar, finalmente, que a exploração de dados estatísticos não existe para todas as hipóteses a serem perquiridas. Nem tudo o que acontece é repetido empiricamente a ponto de entabular fórmulas estatísticas fiáveis e sobretudo catalogadas pela dogmática.

O funcionalmento das derivações de eventos alvitados pela equação matemática não deixa de vincular a *probabilidade a uma crença no esquema de numeração das variáveis*. Vale dizer que a “crença” está nesse modelo, mas escondida atrás de um projeto estatístico que humanamente não consegue reproduzir todas as tendências repetíveis que acontecem no mundo da cultura. A imputação subjetiva que parece dispensar o referencial externo compromissado com uma verdade por correspondência até pode se valer de *critério de coerência* para atingir a verdade, porém, em geral também pode resultar em fórmulas marcadas por impressões

¹²⁴ Calamandrei elenca a evolução da densidade do razoável nas impressões do possível, do verossímil e do razoável. Ver CALAMANDREI, Piero. Verità e verosimiglianza nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 10, 1955, p. 170

¹²⁵ CRESTO, Eleonora. Una teoria de la prueba para el ámbito jurídico: probabilidades inciertas, decisiones y explicaciones. In PÁEZ, Andrés (coord.). *Hechos, evidencia y estándares de prueba* (ensayos de epistemología jurídica). Bogotá: Editorial Kimpres SAS, 2015, p. 91.

¹²⁶ *La valoración...*, cit., p. 110/1.

probatórias desgarradas dos particularismos ou das variantes caóticas que o pós-modernismo pode ensejar e, pior ainda, talvez seja reflexo de pressões, *lobbies* ou pré-julgamentos indesejáveis do observador. Tudo somado, a imprevisibilidade de algumas hipóteses de trabalho e o aproveitamento de provas *não* catalogadas no sistema posto descaracterizam a primeira impressão de objetividade da probabilidade de eventos.

A probabilidade de proposições (lógica ou indutiva) não se vale de uma quantificação numérica. Gascón Abellán refere que ao invés de indicar graduação supostamente imputada por escalas cardinais, a hipótese é reputada mais provável quando existe um “grau de crença”, um “apoio indutivo” ou “grau de confirmação” lhe encobre para remeter a uma determinada conclusão. A linha de conexão entre as premissas e o resultado é a *experiência de mundo do observador*, não em termos de frequência relativa, mas por ocasião de uma atitude proposicional que, respeitosamente, é melhor definida como “aceitação da causalidade” – tendo em vista o caráter voluntarístico da aceitação em se considerando determinado contexto de hipóteses e de provas. Duas situações determinantes: o referencial do contexto e a voluntariedade da “aceitação” (algo que não está presente em uma “crença”).

Essa modalidade vem reforçada pela possibilidade de exclusão das hipóteses contrapostas, elaborando-se um autêntico método de indução eliminativo que pode ser utilizado como esquema de racionalidade para a argumentação¹²⁷. Não ocorre uma sucessividade em somatório de escalas de pensamento como se fosse uma graduação em direção ao provável. Tampouco existem as variações complexas em frações inversas como as propostas pelo teorema de Bayes.

O esquema de confirmação efetua uma espécie de organização comparativa entre os suportes hipotéticos, de maneira a verificar qual a premissa mais efetiva para confirmar a inferência, desde a hipótese até a conclusão¹²⁸, em uma aparente erística dialogal. Ferrer Beltrán¹²⁹ salienta que se trata de um caminho ampliativo ao invés da quantificação de meios de prova. Daí não se particularizar atomisticamente que uma prova tem maior ou menor peso que a outra, mas sopesar o *conjunto* de proposições hipotéticas, sendo que a metódica assinala a hipótese que

¹²⁷ Ferrer Beltrán, *La valoración...*, cit., p. 121. No mesmo sentido que Gascón Abellán, acima citada, *Sobre la posibilidad...*, cit., p. 133-4.

¹²⁸ Anderson and Twining, *Analysis*, cit., p. 415. Também deve ser ponderada uma lógica de eliminação da hipótese incompatível à conclusão. Ver CATALANO, Elena Maria. Prova indiziaria, probabilistic evidence e modelli matematici di valutazione. *Rivista di Diritto Processuale*, 1996, p. 517/8.

¹²⁹ *La Valoración...*, cit., p. 121.

melhor explique determinada consequência¹³⁰. Evidente que alguma influência da estatística¹³¹ não deixa de estar presente nesse aporte inferencial, só que ora se leva em conta o diálogo comparativo entre as hipóteses qualitativamente diferenciadas que podem resultar na conclusão do problema enquanto dilema que confronta *cases* ou *dúvidas*.

Assentada essa pragmática epistemológica, não quer dizer que toda a prova relevante acostada ao processo (*Rule 403* das *FRE* analisada abaixo) incrementa o grau de fiabilidade de uma hipótese em direção à conclusão¹³², ainda que se incorra em uma elevação da segurança jurídica na tomada de uma decisão. O ideal é que na transição entre a *admissão dos elementos atomísticos e a valoração holística da prova*, conforme assinala Daniela Accatino¹³³, desenvolva-se uma escolha racional dentre as hipóteses em pauta para a solução do *case* como uma totalidade. Na prática, isso requer um esforço utilitário para compatibilizar a verdade como correspondência e a coerência enquanto critério, ou seja, um modelo argumentativo que garanta consistência epistêmica e que depende da força normativa para qualificar a valoração da prova – os cânones encerrados nos standards da prova.

Em linha de princípio, se observada qualquer teoria da probabilidade apenas no sentido convergente, ela acaba sendo reducionista porque estaria se afastando da contingência do imprevisível que, muitas vezes, faz parte da própria formulação corrente de hipóteses a serem ponderadas em concurso. Inclusive, cada tradição possui particularidades refratárias a uma visão generalista, fundamentações *ad hoc* pode

¹³⁰ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo* (prova direta, indícios e presunções). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 139. O autor denomina “explanacionismo” a operação que sopesa hipóteses preditivas e contrapreditivas, daí se valendo da abdução e da dedução como métodos lógicos para se chegar a uma conclusão. Na prática, essa tecnologia não refuta o esquema de conformação e muito menos arrosta a probabilidade como modelos epistêmicos válidos – o que importa é que tais modelos podem conviver sem solução de exclusão entre eles.

¹³¹ A estatística serve como um critério auxiliar para ratificar a probabilidade ou o esquema de confirmação, contudo, no amealhar dos catálogos deve ser ponderada a margem de erro imanente a cada técnica adotada para o cálculo. Ora, o contrabalanço da possibilidade do caos da ignorância efetua um juízo, faz cotejar a margem da *razoável possibilidade* – em termos argumentativos, uma *metodologia que trabalha com valorações* (o que é analiticamente ressaltado pela *suficiência* da corroboração). Ver Elena Maria Catalano, *Prova indiziaria...*, cit., p. 522/3.

¹³² Ferrer Beltrán, *La Valoración...*, cit., p. 124/5. A repetição de uma prova ou a sobreinclusão de diversos meios de prova sobre um mesmo assunto torna fiável a prova que se quer a análise. Porém, não quer dizer que o resultado “tido por verdadeiro” está mais fiável. A distinção é tênue, porém importante na medida em que toca a relevância e a admissibilidade da prova – e não toca, diretamente, a suficiência da prova enquanto resultado virtualmente incorporado.

¹³³ ACCATINO, Daniela. La arquitectura de la motivación de las premisas fácticas de las sentencias judiciales. In PÁEZ, Andrés (coord.). *Hechos, Evidencia y Estándares de Prueba* (ensayos de epistemología jurídica). Bogotá: Editorial Kimpres SAS, 2015, p. 81/2. Ferrer Beltrán revela que essa transição, do raciocínio analítico para o contexto holístico, deve ser efetuada no fluxo de conhecimento, que trafega desde a *admissão* até a *valoração* da prova. *La valoración...*, cit., p. 56.

infirmar uma tese assentada. O que é comum para determinada coletividade, talvez esteja na margem do improvável, *mas é possível*, para outra comunidade. Daí a importância da verificação dos apelos democráticos avistados nos imperativos a serem protegidos pelo sistema jurídico como uma questão de *suficiência do contexto probatório* por sobre a pretensa neutralidade de uma expressão probabilística.

Em outras palavras, a epistemologia ilustra as correntes do probabilismo como ferramentas aparentemente “neutras do ponto de vista valorativo” quando as hipóteses aparecem sozinhas. Contudo, na perspectiva de diversas hipóteses em confronto é muito difícil ou impossível que não se permita a imbricação da *virtualidade* inerente às *ponderações jurídicas ao cânone epistêmico* – as construções partem de esquemas ideiais e a epistemologia desenvolve um indicador de “como” fazer para dividir os riscos do erro judiciário na tomada de decisão sobre a prova. Fica em aberto a questão do grau de suficiência do contexto para escalonar as diferentes regras de decisão e, mediamente, “*como*” *efetivamente se efetua tal graduação entre as suficiências do contexto probatório*.

Vale dizer que os argumentos indutivos ou inferenciais que reforçam a atitude proposicional da “aceitação” de uma lei de cobertura causal não chegam a arrostar a noção de verossimilhança. O *background* do conhecimento assentado que a dogmática refere, bem como a chancela da estatística, ambas são aportes que levam em conta um acumulado de experiências encorpadas pelo que de comum acontece (*quod plerumque accidit*). O mesmo que dizer que algo tão evidente faz parte do inconsciente coletivo. A razão teórica da probabilidade está emaranhada à razão prática dessa reflexão, tanto que Luis Alberto Reichelt¹³⁴ assinala a tênue dissociação entre as noções de probabilidade e de verossimilhança, na medida em que a probabilidade é um critério a ser socorrido pela ratificação da verossimilhança.

O probabilismo (enquanto gênero) é ponto de partida epistêmico a ser qualificado *virtualmente* pela pretensão de correção material da narrativa jurídica – esse

¹³⁴ REICHELT, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, 195. No mesmo sentido Daisson Flach, para quem a “função pragmática do direito exige do julgador uma aproximação aderente ao ‘normal’ como elemento de vinculação à realidade. Isso importa um juízo de valor que se dê preferência, ao menos tendencialmente, à alegação verossímil (ainda que potencialmente falsa), em detrimento daquela que se afigure inverossímil (embora potencialmente verdadeira). Trata-se, segundo evidenciado por Giuliani, de atribuir à verossimilhança função ética orientada da decisão no domínio do provável, limite da razão prática”. FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil* (e sua aplicação prática). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 73.

último é o juízo que preenche a *suficiência* da predição enquanto operação que confere *valor* ao contexto probatório.

As modalidades elencadas tem seus problemas peculiares, ressaltando que a temática da probabilidade consiste em um momento de passagem epistêmico sobre o qual advém o cânone valorativo para, assim, resultar na *suficiência* da prova – a epistemologia *não define o quanto*¹³⁵ *de prova deve suportar* uma hipótese, mas assinala *como* as hipóteses podem ser pesadas e ajuda a dividir o risco da fiabilidade institucional a depender do contexto substancializado¹³⁶. O grau de corroboração é acusado pela virtualidade jurídica do standard da prova na perspectiva da tutela dos direitos – a função política dos standards da prova.

4.2 A relevância e a admissibilidade do meio de prova. Em especial: a *suficiência do contexto probatório* como virtualidade jurídica com pretensão de correção material

Quanto mais provas houver para confirmar uma hipótese¹³⁷, em tese, maior a fiabilidade da confirmação do meio de prova que aparelha uma premissa – nesse ponto se tem uma visão atomística da prova. Porém, isso não quer dizer que a decisão dispense a análise de outras questões adjacentes ou mesmo nucleares para a corroboração e para a refutações da hipótese de trabalho observada (*case*).

A clássica doutrina de Bentham defende um abolicionismo de dispositivos restritivos em direito probatório, o que aparentemente desenvolve um

¹³⁵ Contra, defendendo a possibilidade de acerto epistêmico da *suficiência* da prova, Susan Haack refere que os standards da prova também podem ser precisados probabilisticamente, aparentemente levando em conta que a *razoabilidade* é um conceito de fato. Ver HAACK, Susan. El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica. In VAZQUEZ, Carmen (ed.). *Estándares de Prueba y Prueba Científica* (ensayos de epistemología jurídica). Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 71. Os standards comumente usam a semântica da razoabilidade – que respeitosa por ora não se considera um conceito de fato, porque encerra vicissitudes valorativas que se somam a um critério epistêmico. Ver MAcCORMICK, Neil. Sendo razoável. In MAcCORMICK, Neil. *Retórica e estado de direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 234/5. O autor discorre sobre a natureza virtual da razoabilidade.

¹³⁶ A *suficiência* é uma regulação *material* ao prognóstico epistêmico, porque ela implica uma força normativa que *transcende a mera erística* (sem H) entre proposições aparentemente equivalentes. Com efeito, no momento em que se reforça um standard se incrementa a proteção contra o erro nesse sentido reforçado, contudo, *aumenta a viabilidade do erro em se considerar uma hipótese como não provada*, na medida em que tal standard tenha assumido uma intensidade deveras majorada. Deve haver uma *proporcionalidade* nessa ponderação, por isso que a *suficiência* encerra juízo, valoração, crítica sobre um contexto probatório, ou seja, forças normativas que eristicamente (sem H) sobrevivem em sentidos opostos e, sobretudo afirmam uma plus-valia de correção material por sobre a neutralidade epistêmica. Ver Marina Gascón Abellán, Sobre la posibilidad..., cit., p. 130.

¹³⁷ FERRER BELTRÁN, Jordi. La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana. In VAZQUEZ, Carmen (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica* (ensayos de epistemología jurídica). Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 23.

discurso em defesa de uma dimensão puramente epistêmica na reconstrução dos fatos. Ocorre que existem limitações na produção de provas, seja pela previsão de normas de privilégio e de garantia, seja para o afastamento de ilicitudes, na medida em que a *pretensão de correção da decisão* judiciária atende não apenas a fatores epistêmicos, como também deve observar outros *valores conviventes no certame jurídico*.

A questão da relevância e da admissibilidade de meios de prova são compromissadas com a pretensão de correção material inclusivista da moral e de valores sociais abarcados ao direito pós-positivo e, em especial, à teoria e à prática da decisão judiciária no ajuntamento de meio de prova. A funcionalidade dessas diretrizes é atomística.

Tais limitações estão encerradas na fase de formação da prova e tem como pressuposto a utilidade da prova para o objeto do processo, o que nada mais significa que a relevância. A importância da teoria da norma jurídica e da argumentação na formação do material probatório¹³⁸ ressalta que a separação entre os planos da formação e da valoração da prova *não* permite a exclusão de um meio de prova quando o juiz se reputar *convencido* para prolatar o veredicto. Logo, em atenção ao devido processo legal e ao direito fundamental à prova, a admissibilidade e a relevância são tratadas de maneira deveras receptiva (art. 369 do CPC).

Contudo, a relevância é a propriedade da pertinência ou da correlação lógica da prova com a finalidade da produção dos efeitos da norma¹³⁹, o que pode ensejar a negativa da sobreinclusão de meios de prova¹⁴⁰ em condições peculiares. Eduardo Cambi¹⁴¹ assinala que a admissibilidade da prova atende a critérios jurídicos de legalidade e de constitucionalidade, ou seja, verifica-se a adequação da prova perante o direito em um cotejo mais estrito. Na observação *atomística dos meios de prova*, enfim, constata-se que uma prova é fiável ou tem credibilidade quando possui densidade para confirmar uma hipótese. A relevância está para além dessa fiabilidade, segundo Larry

¹³⁸ Ferrer Beltrán, *La valoración...*, cit., p. 71.

¹³⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 40.

¹⁴⁰ A sobrecarga de informação sobre um ponto pode ensejar confusão ao julgador, tanto que a regra 403 das FRE estabelece que, apesar da relevância, uma prova pode ser excluída se o respectivo valor probatório causar perigo de interpretação ou prejuízo na percepção total da hipótese. Trata-se de concretização da proporcionalidade em sentido estrito. Ver Ferrer Beltrán, *La valoración...*, cit., p. 86.

¹⁴¹ CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 262/3.

Laudan¹⁴², porque a hipótese se torna mais provável somente quando uma prova útil é juntada no processo para ser cotejada às demais.

A norma jurídica cujo efeito se pretende aplicável é que soluciona a questão da relevância. De qualquer maneira, a admissibilidade e a relevância da prova atualmente possuem caráter *mais* procedimental que conteudista dos standards da prova, elas tratam da compatibilidade e da legitimação jurídica das provas – razão pela qual dificilmente uma prova é de antemão excluída já na fase de formação da instrução em direito brasileiro (como em outros tempos o juiz rejeitava um meio de prova por já se reputar “convencido”).

A suficiência do contexto probatório se vale de outra amostragem e pondera juízos em contrabalando. Afinal, nesse ponto não se fala em “meio de prova”, mas de um conjunto de elementos que aparelham uma hipótese de trabalho. A perspectiva atomística da avaliação de um meio de prova transita e se incrementa para uma valoração de contexto.

Quer dizer que ultrapassada a fase da formação da prova, a suficiência do contexto probatório se refere ao momento em que se transita da *instrução* para a *valoração* da prova – o que subentende a consubstanciação do juízo judiciário. A questão da suficiência é dinâmica porque encerra a razoabilidade *conteudística* da prova no fluxo de conhecimento que está lastreado conforme a valoração da tridimensão da tutela. A suficiência de contexto probatório (ou a corroboração da hipótese pelo grau de intensidade de provas) subentende a estruturação dos standards na perspectiva da tutela dos direitos, portanto, *não* é resolvido pela suposição de que sempre haverá provas convergentes em um determinado sentido.

Inclusive porque é muito difícil prever e graduar materialmente o *quanto* de provas é necessário para uma decisão justa – por isso que o tema da suficiência da prova (ou do contexto) está ligado a uma *metodologia da corroboração das hipóteses* que emplaca uma visão de conjunto da discussão, avistando o *equilíbrio dialético na perspectiva do sistema*, e não um sentido único de acumular provas em direção a um objeto conceitualmente estabelecido.

Marina Gascón Abellán¹⁴³ assinala que a força dos esquemas probabilísticos algumas vezes resulta em decisões que não retratam a verdade. “ser

¹⁴² LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*. Trad. Carmen Vázquez; Edgar Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 45/6.

verdadeiro” é diferente de “ser tido por comprovado”. Evidente que pode ocorrer um falso positivo ou um falso negativo na gestão do contexto. Além desse limite epistêmico, peculiaridades institucionais não permitem que o juiz tenha tempo para uma visão absoluta da causa, o que naturalmente reflete que a valoração da prova *não* se trata de uma operação mecanicista. Com efeito, a reconstrução elaborada pelo juiz começa levando em conta a probabilidade que até pode chegar a uma exatidão, mas não pode desprezar a *correção jurídico-material* da premissa que é adensada por valores jurídico-políticos que escalonam os standards para alcançar uma justiça na decisão. A função jurídica de pacificação social, dentre outros valores, providencia tal equipolência com a superposição de premissas a serem valoradas e que regulam argumentativamente o conteúdo da tomada de decisão sobre as provas em sua totalidade holística.

O percalço do probabilismo em prática jurídica é que, em primeiro lugar, são possíveis apenas escalas rudimentares de precisão. Eles *não* marcam escalas infinitesimais, quer dizer, não são possíveis escalas meramente contínuas ou quantitativas, segundo o alerta de Robert Alexy. “O motivo para isso está na natureza argumentativa do direito que encontra expressão no postulado da proporcionalidade. Classificações são proposições ou juízos que requerem fundamentação. Só se pode fundamentar o que se compreende”¹⁴⁴. Daí se falar que a probabilidade aparelha o cânone epistêmico, mas ele é sobreposto pelo guia heurístico e pelo alcance justificacional imanente ao cânone jurídico, na virtude da pretensão de correção material que a valoração da suficiência do contexto probatória enseja.

Nesse diapasão ponderativo que a função política dos standards da prova inicialmente discute a distribuição dos riscos da fabilidade institucional, valendo-se de “como” identificar algo como provado que é proposto pela epistemologia. A metodologia como teoria da aplicação prática do direito serve como doutrina que sincretiza dessas bases e formula um escalonamento *axiológico* dos enunciados¹⁴⁵.

¹⁴³ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho n. 28, 2005, p. 128.

¹⁴⁴ ALEXY, Robert. Dever ser ideal. In ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Org. e trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 222.

¹⁴⁵ Comentando a doutrina de A. Stein, Ferrer Beltrán salienta que a suficiência da intensidade probatória desenvolve a função de escalar jurídica e politicamente os standards de prova, mas se dissipa em um umbral em termos genéricos de epistemologia, que somente pode eleger a espécie de erro que a prova suficiente deve proteger. Ver Ferrer Beltrán, *La Valoración...*, cit., p. 80/1. No mesmo sentido, em ensaio mais recente, FERRER BELTRÁN, Jordi. La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana. In VAZQUEZ, Carmen (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica* (ensayos de epistemología jurídica). Madrid: Marcial Pons, 2013.

Eleonora Cresto¹⁴⁶ ainda refere que por sobre o probabilismo incorre uma *adequação prática* que ocasiona uma *deflação* da justificação meramente aritmética. A suficiência da prova postula uma *força de unificação* entre os critérios epistêmico e jurídico, conferindo-se coerência por intermédio de fatores conviventes no ambiente cultural – e falar de cultura é falar de valores.

Karl Popper¹⁴⁷ salienta que o problema da lógica de convergências probabilísticas (matemática e lógica) consiste no risco de a pretensão de correção ser unicamente *axiomática* – uma generalização pode resultar em uma conjectura. As conjecturas são podem ser palpites *não* abalizados pelo elemento de correção material da decisão. *Diferente dos esquemas meramente subsuntivos*, a suficiência da intensidade da prova ou a suficiência da corroboração do contexto probatório também se vale da analogia e da ponderação, o que lhes empresta razoabilidade prática e especialidade discursiva. Vale dizer que para sopesar o risco da automática conjecturação, o fluxo de conhecimento valora *hipóteses normadas* que convivem no sistema, então, é necessário examinar a questão da *margem de erro* que as referidas teorias probabilísticas permitem visualizar, a partir de uma *visão de conjunto que abarca a corroboração qualificada pela suficiência do contexto provabório*.

A metodologia da corroboração das hipóteses confronta o provável ao razoavelmente possível trazendo para esse diálogo como figura de acoplamento a margem da ignorância – a viabilidade do falseamento prático. Assim, substancializa em termos jurídicos uma regulação metodológica de eminência *valorativa*, porque firmada em premissas que servem como objetos de valoração. *Saber que não se sabe*, ou saber que algo *juridicamente desestruturante* está faltante, *desde Sócrates*, é critério de sabedoria valorativo-decisória. Nesse campo que a intensidade da prova reclama o predicado da suficiência, porque não basta uma indicação quantitativa ou uma

¹⁴⁶ Una teoría de la prueba..., cit., p. 107/8. A autora assinala que nenhuma decisão se baseia “*exclusivamente* en consideraciones probabilísticas. Siempre consideramos elementos adicionales, tal vez de manera implícita. Lo que ocurre es que, en muchos casos, tales elementos terminan *escondidos* en las probabilidades previas, que resultan influenciadas por factores que no debían afectarlas. Esto es desafortunado, desde luego, no sólo porque es teóricamente equivocado sino porque así por lo general encontraremos mayores dificultades para controlar y alcanzar consenso sobre las magnitudes involucradas. Sin duda, esto conspira contra la consecución de las metas de todo el proceso”. A *deflação* do probabilismo que Eleonora Cresto comenta é referente ao *juízo que se vale da ponderação* para chegar na decisão. O direito não comporta probabilismo bruto, mas um esquema a ser valorado e levando em conta as condicionantes em profusão.

¹⁴⁷ POPPER, Karl R. *Conjecturas e refutações*. Trad. Sérgio Bath. 2ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, p. 83

explicação hipotética em apoio indutivo, mas é imprescindível um juízo que virtualiza as conclusões que transcendem o empirismo da confrontação.

As teorias probabilísticas ostentam dificuldades, mas ajudam na dimensão epistêmica do processo. Elas não podem ser rejeitadas, porém, o fenômeno de também se considerar ponderável aquilo que possivelmente se ignora assenta a carga *virtual* da suficiência a ser aplicável na corroboração – demarcando o percentual de erro da decisão que é *proporcional ou complementar ao coeficiente da verdade* de uma proposição. O contra-argumento imediato a uma operação dessa estirpe é que o ignorado *não* é quantificado, justamente, porque ele está para fora da cognição (a figura do *caos*). Agora, a ignorância da qual se comenta é o fator da *razoável possibilidade de falseamento* do provável: um aspecto jurídico-material¹⁴⁸ que consubstancia a testabilidade da suposta convergência e está imbricado na metodologia valorativa da prova.

Tecnicamente incorreto falar em *probabilidade suficiente*, porque o modelo da suficiência do contexto probatório a ser corroborado é jurídico¹⁴⁹. Destarte, a metodologia deve cotejar o acerto em relação à falseabilidade das hipóteses. Para tanto, a predição¹⁵⁰ de um fenômeno deve estar demarcado pelas provas como argumentos, avaliando-se a margem de erro pela eventual força da razoável possibilidade da exclusão da hipótese vencedora.

¹⁴⁸ Os valores abstratos não permitem uma objetivação analítica. Para tanto, é importante fixar as premissas jurídicas que condicionam os efeitos da norma – o que se abaliza com a valoração da tridimensão da tutela. As limitações e condicionamentos são peculiares a qualquer ciência cujas conclusões possam ser enunciadas em standards. Razão pela qual a perícia pode servir de paradigma à especialidade narrativa da decisão judiciária.

¹⁴⁹ O fenômeno da suficiência da prova (ou do contexto) atende a critério jurídico, porque a averiguação da verdade, como acima referido, também consiste em um valor para o direito, mas que respeita o critério da coerência. Se a corroboração desenvolve uma função metodológica, a suficiência confere a correção jurídico-material dessa regulação, cotejando as provas e as hipóteses possivelmente contrárias ao fato jurídico, no qual está encerrado um valor. Ver ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. En materia de prueba: sobre alguns cuestionables tópicos jurisprudenciales. *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*. Madrid: Marcial Pons, 2020, vol. 1, p. 93/4. Também ver Ferrer Beltrán, *La valoración...*, cit., p. 80. O texto utiliza como sinônimos a corroboração da hipótese, a corroboração do contexto ou a suficiência da prova, na medida em que o método corroborativo é utilizado como demarcação de uma *teoria*, na visão de Karl Popper. O ensaio *não tem o alcance de uma autêntica teoria*, ou seja, tomar de empréstimo a terminologia não ocasiona prejuízo semântico (tanto que Ferrer Beltrán se vale do enunciado “corroboração de hipótese” para ilustrar o que ele denomina de “três momentos probatórios”). O importante é que a suficiência da prova, a suficiência do contexto probatório ou a suficiência da intensidade da prova, todas elas consistem em um juízo que imbrica valor ao critério epistêmico.

¹⁵⁰ POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 13ª reimpressão da 1ª edição. São Paulo: Cultrix, 2007, p. 63. A predição é um efeito, é sinônima de uma previsão. Na perspectiva da corroboração de hipóteses, ainda mais com o referencial de Karl Popper, leva em conta a possibilidade de falseamento de um esquema de probabilidades.

A relevância e a admissibilidade legitimam e limitam a inserção de determinados *meios de provas* na fase de formação da instrução. Em continuidade, a *suficiência do contexto probatório desempenha papel condicionante e compensador já em uma fase de tomada de decisão*, por isso que implica uma lógica advinda *desde* o direito material e trafega desde a instrução até a decisão para abarcar a correção material dessa virtualidade – servindo como regra de decisão que divide o risco do erro judiciário entre as posições jurídicas em confronto.

A epistemologia ajuda a definir *como* chegar na orientação condicionada pela busca da verdade. De outro lado, o *quanto de prova* realmente é matéria que escapa a um *juízo positivo de relevância*, mas é socorrido pela pretensão de correção das soluções jurídicas por intermédio de uma estrutura que gradua os riscos da falibilidade judiciário conforme parâmetros estabelecidos – os coeficientes da suficiência do contexto probatório são decorrentes das dimensões da tutela dos direitos para escolonar os standards da prova, eles é que efetuam a distribuição do risco do erro judiciário enquanto fatores de escala para identificação e derivação dos standards da prova.

Desde a probabilidade até a suficiência é desenvolvida a força e o sentido dos standards da prova: uma *questão abarca cânone epistêmico e cânone jurídico* por ocasião da condição de possibilidade hermenêutica e da lógica argumentativa que sincretizam o mundo empírico ao normativo¹⁵¹.

5 Os standards da prova como regras práticas na tomada de decisão sobre a prova

O estudo da epistemologia subentende que o processo justo possui um denominador comum que é a busca da verdade – embora isso nem sempre ocorra. Algo pode não ser verdadeiro, mas no processo “ser reputado como verdadeiro”, razão pela qual a doutrina seleciona um *contexto* para a tomada da decisão sobre a prova e que

¹⁵¹ A questão fica muito clara quando Ferrer Beltrán se vale do aparato conceitual para citar um exemplo prático em termos de atitude proporcional da “aceitação de contexto probatório”. O autor comenta que a aceitação reúne voluntariedade, contexto e a solução de problema prático, por isso tem vantagem a uma atividade mental como a crença ou o conhecimento do juiz. Por exemplo, “um funcionário de um supermercado pode defender que o cliente tenha sempre razão”, como forma de levar a cabo determinada política comercial. Por óbvio, isso não supõe que ele *creia* efetivamente que é verdade que o cliente sempre tenha razão. Entretanto, *aceita* essa proposição e a incorpora a seu raciocínio prático para o fim de tomar decisões em seu trabalho. Faz isso como se a proposição fosse verdadeira, presumindo sua verdade de forma insuperável ou superável a depender da força contrapreditiva do caso concreto (ainda que consciente de que a proposição é falsa). Ver *La valoración...*, cit., p. 81.

prepara o cenário para o advento de *elementos* para uma decisão racional (as duas certificações dos momentos epistêmicos).

O programa de racionalidade na tomada de decisão sobre a prova elenca o *contexto pré-dado* pelo sistema de instrução e decisão em nossa cultura. Nesse sentido que os *elementos* utilizados para uma decisão racional são diuturnamente revistos, porque pertinentes ao implemento da tecnologia e aos arquéticos da probabilidade e da confirmação enquanto notas de legitimação transpessoal da decisão – qualquer pessoa ou qualquer tribunal, na condição de julgador, pode dispor da atividade mental de “aceitação” de uma hipótese dentre as premissas em disputa, levando em conta o contexto e os elementos racionalmente apurados.

Para além da epistemologia, assim como o ônus da prova apresenta um duplo aspecto (objetivo e subjetivo), os standards da prova podem ser visualizados em uma espécie de dupla face: o fundamento e a própria definição do standard da prova¹⁵² permitem referir que o instituto *consiste em uma regra prática de julgamento que divide o risco de falibilidade do julgamento entre as partes do processo*, daí levando em conta fatores metodologicamente selecionados pelo sistema jurídico (função política e metodologia se autorreferenciam); além disso, uma perspectiva subjetiva pode ser avistada no desdobramento dos standards como guia heurístico e como força justificacional na tomada da decisão, que então se torna intersubjetivamente controlável e transparente aos contendores do processo e à própria comunidade.

Vale dizer que os enunciados standards distribuem e compensam o *peso do erro* na valoração dos *argumentos de prova*. Se o processo justo principia e enfeixa diversos outros direitos fundamentais – como o direito de ação e defesa, o direito à prova e à motivação –, é correto deduzir que o *direito fundamental à prova consiste na linha que costura a hipótese à suficiência do contexto probatório* (ou à intensidade da prova para que “algo seja reputado como provado”). O direito fundamental à prova, com as limitações e com as integrações decorrentes do amálgama entre narratividade e aparelhamento probatório sobrepára a função jurídico-política e a racionalidade em termos de escalonamento dos standards da prova.

A função política dos standards da prova, ainda conforme a proposta, assinala o compromisso metodológico de se entabular uma sistematização por intermédio da relação entre as dimensões da tutela do direito e a margem de erro da

¹⁵² Kevin M. Clermont, *Standards of decisions...*, cit., p. 4.

decisão. Um standard da prova mais intenso é proporcional a uma menor margem de erro da decisão, de maneira que um standard da prova menos intenso pode tolerar uma margem de erro mais elástica¹⁵³. A suficiência da intensidade da prova que implica um enunciado standard decorre da valoração das dimensões da tutela do direito na repartição dos riscos do juízo, de maneira a não se criar um indesejável risco diabólico extroverso.

Finalmente, a epistemologia pode ser divulgada como avalorada, mas é por intermédio dessa racionalidade e dessa lógica desenvolvida que os enunciados standards permitem um preenchimento estruturante por um determinado nível de *suficiência* do contexto probatório com a função primária de incorporar preferência por *erros menos nefastos* frente ao risco do cometimento de *erros mais graves*. Com efeito, as premissas que ensaiam os standards devem ser materialmente precisas para ensejar um controle intersubjetivo – daí se falar em racional e lógico em um primeiro momento. No mesmo sentido que a corroboração de uma hipótese *não* depende de uma *crença*, mas da predição que *reforça* a atividade mental da “aceitação” que se formula a partir de uma hipótese em confronto com a *dificuldade* para dar conta da mesma predição a partir de hipótese possivelmente rival. Agora, a ponderação é virtual e se legitima pela seleção de critérios jurídicos que podem validamente ser objeto de uma valoração.

Um aporte que sincretiza critério epistêmico e critério jurídico e resulta no standard da prova como regra prática¹⁵⁴ de decisão que divide o risco de falibilidade institucional entre as posições jurídicas.

¹⁵³ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho n. 28, 2005, p. 135.

¹⁵⁴ A *praticidade* decorre da utilização de normas. É uma *regra* porque estampa uma posição imediatamente política eleita com primazia pelo sistema. O predicado *decisório* resulta na tomada da decisão voluntária (atividade mental de aceitação) após o preenchimento dos requisitos epistêmicos e jurídicos.

CAPÍTULO 2

A função política dos standards da prova

O arquétipo dos standards da prova utilizado desde o direito norteamericano ajuda a pontuar a tomada da decisão sobre a prova na medida em que emprestam uma calculabilidade ao juízo de fato. O sistema jurídico da *common law* e o sistema jurídico do direito continental tem se aproximado, ainda mais com o advento do Código de Processo Civil de 2015, o que facilita a plena aplicação dos enunciados standards em direito brasileiro¹⁵⁵. O *tertium comparationis* que serve como linha de aproximação entre os sistemas jurídicos não chega a ser um dilema em termos da dogmática que reflete o direito positivo. Basta observar o art. 926 do CPC e a agilidade que o dispositivo tem ensaiado nos tribunais. A *fortiori*, a questão chega a ser um imperativo de constitucionalismo que se expressa pela força de limitar o poder e autorrestringir o abuso de discricionariedade¹⁵⁶ na tomada de decisão sobre a prova.

O problema que se apresenta no tocante à função política dos standards da prova é devido aos movimentos estruturais decorrentes das peculiaridades institucionais de cada uma das tradições jurídicas¹⁵⁷. Com efeito, o grau de suficiência do contexto probatório se organiza para separar o risco do erro judiciário entre as partes do processo, tudo conforme os valores conviventes ou aquilo que é mais importante para determinada comunidade.

Embora ainda se defenda uma aparente segmentação entre regime adversarial e regime inquisitório, no presente, duas proposições chamam a atenção. Em primeiro lugar, os standards da prova foram compromissados inicialmente para fixarem uma modulação de entendimento ao júri na análise da prova, tendo em vista a desnecessidade de o jurado fundamentar as decisões. Em segundo lugar, ressalvado o crescente aporte da ciência *no* processo, marco do avanço tecnológico americano, é discutível que o direito comum tenha uma significativa preocupação com uma função epistêmica da standardização, assim como demonstra ter na resolução de conflitos, tanto

¹⁵⁵ Não se trata de importar conceitos ou institutos do direito estrangeiro, porque a funcionalidade dos standards da prova limita e compensa o risco de falibilidade institucional. Vale dizer que se trata de fenômeno que decorre diretamente do movimento constitucionalista para a limitação do poder. A sinergia comparativa entre as tradições jurídicas é meramente para apontar a mobilidade metodológica que cada qual adota para firmar as estruturas dos standards. No caso do direito brasileiro, o texto promove uma estruturação advinda das fontes primárias do direito escrito (dimensões da tutela do direito) – embora a denominação utilizada possa ser semelhante àquela adotada pela tradição da *common law*.

¹⁵⁶ Kevin Clermont, *Standards...*, cit, p. 45.

¹⁵⁷ Ver CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual: sistema de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Trad. Sergio Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

que as escolas eficientista (*critical law studies*) e política (*law and economics*) do direito tem operações mais voltadas para resolver litígios com a influência de fatores culturais que ora transcendem as forças hauridas unicamente das fontes legisladas¹⁵⁸.

Sem descurar da atual aproximação pragmática entre os sistemas, em direito brasileiro é necessário considerar que a tomada de decisão sobre as provas *parte da norma para o fato* em um hiperciclo inconsútil, mas que permite uma visualização analítica ideal. Por função política inclusive é que se fala em uma distribuição dos riscos do erro em um ou em outro sentido, socialmente compensando a *intensidade do contexto probatório* conforme as diretrizes do direito material. Importante assinalar que o direito brasileiro tem um compromisso teórico e codificado com o direito probatório: os meios de prova e suas repercussões dogmáticas estão encerrados em um sistema jurídico que visa a um resultado tendente ao universal¹⁵⁹. Sobremaneira, isso dificulta uma singela importação de *fórmulas-standards* cuja finalidade seria peculiar a uma íntima convicção dos jurados.

Os enunciados standards em um cenário jurídico com tantas regulamentações como é o brasileiro tem um reflexo metodológico significativo quando relativamente desgarrado da teoria da decisão sem fundamentação. Nesse caso, a experiência jurídica deve firmar os critérios que compensam e limitam o juízo sobre as *hipóteses* de trabalho que levam a instrução a uma decisão justa, sempre considerando a substancialidade emergente do direito material – a aproximação do direito à moral implica tal estado de coisas.

Nesse capítulo é apresentado um escalonamento dogmático dos standards da prova, em seguida, a corrente crítica que ataca essa formulação para finalmente refletir sobre uma possível repaginação de paradigma e ressaltar que qualquer proposta classificatória é *sobre a valoração dos erros* – é sobre a *distribuição dos erros que organiza a carga de persuasão*¹⁶⁰ e *gradua a suficiência do contexto probatório*.

¹⁵⁸ A doutrina comenta que a especialidade do sistema anglo-americano de investigação dos fatos é peculiar, tanto pelo caráter leigo dos jurados, como pelo nítido esquema adversarial na apresentação das provas que corresponde ao *narrative pleading*. Ver DAMAŠKA, Mirjan. *El derecho probatorio a la deriva*. Trad. Joan Picó i Junoy. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 20.

¹⁵⁹ Uma simplificação do ideal de justiça pode ser reputada a adequação valorativa em direção ao princípio da igualdade. Tratando-se de reação funcional do processo, é ainda mais preciso falar em igualdade *pelo* processo – o que não se deixa de levar em conta *pelo* efeito produzido a partir do estado de coisas metaprocessual. Ver CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 19.

¹⁶⁰ Ronald Allen assinala que as partes tem o ônus de alegar, o ônus de provar e o ônus de persuadir. Esses dois últimos encargos, segundo o autor, demarcam o standard da prova. Ainda que não se apreenda na totalidade essa proposta, a carga de persuasão é bifronte – ao dizer que uma parte deve provar com

Ou seja, não é sobre o erro institucional em estado bruto que se fala e classifica em termos técnicos. Para a evitação de um prejuízo suposto e reprovável, segundo os *valores da cultura vigente*, é que os standards da prova são entabulados¹⁶¹. Falar em ponderação de valores ou em valoração de premissas é dialogar sobre a concretização da justiça e sobre o constitucionalismo – o que significa invocar a virtualidade decorrente dos efeitos das normas jurídicas.

1 Uma classificação dogmática dos standards da prova

O magistrado adjudica que “algo está provado” quando existem elementos de juízo ou de prova *suficientes* para essa decisão¹⁶². A doutrina assinala que a *apreciação da prova* consiste em uma classe que pode ser subdividida entre o momento do convencimento judicial e o momento da valoração da prova propriamente dito. “Ao lado do tema da valoração, há o tema do convencimento judicial”¹⁶³ e, justamente, na questão do *convencimento* judicial que se reconhece a importância do direito material para formular os modelos de constatação. O importante está em que a força normativa do direito material é que institucionaliza *coerencialmente* (=virtualmente) o esquema de probabilidade ou o esquema de confirmação.

Portanto, a segmentação entre convencimento e valoração é mais teórica que prática. A tomada da decisão sobre as provas enquanto categoria que faz

uma intensidade argumentativa mais significativa, em contrabalanço, quer dizer que a outra parte pode provar com uma menor intensidade argumentativa (princípio da complementariedade que é criticada em termos de probabilidade subjetiva, mas que não encontra óbice de aplicação pelos adeptos da probabilidade lógica). Ver ALLEN, Ronald J. Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico. In VAZQUEZ, Carmen (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica* (ensayos de epistemología jurídica). Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 47.

¹⁶¹ Já foi destacado em mais de uma oportunidade que a epistemologia consiste em uma “atividade neutra sob o ponto de vista valorativo”. No hiperciclo que autorregula a *função política* e a *carga metodológica* dos standards da prova, contudo, há quem defenda que a epistemologia tem finalidade unicamente metodológica. Respeitosamente, a teoria do conhecimento vale para em um primeiro momento para *ajudar a indicar e começar a dividir* o risco da falibilidade institucional entre os sujeitos – embora a epistemologia tenha uma tendencial força meramente descritiva. Somente em um segundo momento é que os *valores do sistema jurídico elaboram uma graduação da suficiência do contexto* ou qual o mínimo probatório para que não se utilize o critério de julgamento pelo ônus da prova. A distinção é sutil, quase de quilate acadêmico, mas é importante para apreender a força (ilocução) da epistemologia e o sentido (o que quer dizer) da metodologia jurídica na elaboração dos standards. No mesmo sentido, deve ficar consignado que “função política” e “encaixe metodológico” são engrenagens em constante diálogo. Por isso que no decorrer do texto se comenta que a *função é imediatamente política, mas mediadamente epistêmica* – uma coisa leva à outra.

¹⁶² Ferrer Beltrán, *Prova e verdade...*, cit., p. 37.

¹⁶³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*, vol. 2. São Paulo: Atlas, 2012, p. 80. No mesmo sentido, PATTI, Salvatore. Libero convincimento e valutazione delle prove. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, n. 40, 1985, 502.

integrar uma *valoração institucional sobre o esquema da probabilidade* já pressupõe condicionamentos e limitações virtualizadas pelas diretrizes do direito material¹⁶⁴. O diálogo de coordenação entre o direito e o processo¹⁶⁵ determina, em linha de princípio, que diferentes objetos litigiosos desenvolvem variados *modelos de metacognição* – o que se identifica no tocante aos múltiplos procedimentos ou no tocante às diferentes “regras práticas” de julgamento que influenciam a decisão.

De qualquer maneira, a separação eminentemente terminológica *convencimento-valoração* chama a atenção, porque defender a verdade como correspondência tem os seus custos. Um deles é correr o risco de um paradoxo ao proclamar a valoração da prova como um resultado do exame de um contexto e de resto também chamar para o conceito a questão da “crença” (ou o *convencimento* abalizado pela prova) por parte do juiz. Ferrer Beltrán¹⁶⁶ rechaça tal possibilidade de confusão, advertindo que a *crença* é momento de passagem para se chegar a uma apreensão de “aceitação” da conclusão. Qual conclusão? A conclusão verdadeira ou a conclusão que convenceu o juiz? Nesse peculiar que o autor reitera a necessidade da *suficiência* da prova para que uma decisão justa resolva a dúvida judiciária.

Em outras palavras, a vontade do juiz na perigosa terminologia do *convencimento* se trata de um *epifenômeno* inserido em uma perspectiva mais abrangente (art. 369 do CPC). A pretensão de correção do veredicto advém *desde* o sistema, portanto não causa espécie a terminologia equipolente que a dogmática ora confere aos standards da *prova*, ora confere aos de standards do *convencimento judicial*. O que interessa é a “aceitação” do juiz acerca do contexto probatório real e paradigmático – a *atividade mental da aceitação* abarca voluntariedade e aleatoriedade conforme o contexto analisado, uma proposição que se diferencia da crença (pré-determinada e não ductibilizada ao contexto – a crença é pré-compreensão metafísica).

¹⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 152/4.

¹⁶⁵ WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Trad. Tomás Banzhaf. Bogotá: Editorial Temis, 1985, p. 167 e seguintes. O autor questiona se “é a verdade um módulo geral da prova”? Uma idéia que certamente fez escola em diversas teorias sobre o conhecimento judicial. A verdade é um alvitre do processo e também um valor-meio dentre tantos outros compromissos do formalismo processual.

¹⁶⁶ *Prova e verdade...*, cit., p. 97. A proposição é aquilo expresso em um enunciado como atividade mental do julgador (crença, conhecimento ou aceitação). Quando alguém diz “que o cliente sempre tem razão” se trata de uma aceitação que pode variar conforme certa particularidade – mas não se trata de uma imutável crença. A tradição não levava muito a sério os fatos e por decorrência as provas. Daí que a linhagem gnosiológica sujeito-objeto permanecia nessa percepção. A função da prova como argumento e o papel constitutivo do contraditório forte no diálogo sujeito-sujeito, de outro lado, elevam a prova a uma condição de possibilidade da decisão. Ver Robert Alexy, *Teoria da argumentação...*, cit., p. 45.

A decisão consiste em uma experiência institucional que *apesar da vontade* do juiz está embasada pela densidade do contexto de provas em conjugação ao sistema jurídico. Consoante Danilo Knijnik¹⁶⁷, os standards da prova funcionam enquanto critérios¹⁶⁸ que devem ser postos em discussão para que as opções valorativas do juiz e das partes sejam conhecidas por todos os sujeitos. Inclusive para que os enunciados standards façam parte do *continuum*¹⁶⁹ de reconstrução dos fatos da causa. Após a internalização da prova no processo, na proposta analítica dessa doutrina, o contato do juiz com a prova se aprofunda em três velocidades: em primeiro lugar, o juiz se depara com o material que recolheu na instrução → em segundo lugar, não como uma solução cronológica, mas com a sincronia¹⁷⁰ que o sistema enseja, o juiz coteja a prova conforme o contexto do direito material, quando será definindo o grau ou a intensidade do *convencimento* necessário para decidir, de modo a compensar o risco do erro judiciário → no terceiro momento e com base no standard afirmado pelo conjunto das duas etapas precedentes, o juiz efetua a tomada da decisão sobre as provas.

Essa linha de visada parece resolvida inclusive em termos de fundamento, quando afirmado que a verdade como coerência é um critério que aparelha a verdade como correspondência. A realidade social e as narrativas se interpenetram, assim como a simbiose enunciada nos standards da prova como questão mista de nível apofântico e apodítico. A standardização pode ser uma graduação do *convencimento*, uma organização com força normativa e política sem perder a função mediatamente epistêmica que acaba por garantir a suficiência do contexto probatório. Se a idéia de verdade é relacional, conforme salienta a doutrina¹⁷¹ quando se vale da expressão um “gato está sobre o tapete”, somente quando existe

¹⁶⁷ KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 18.

¹⁶⁸ Óbvio que se valer da terminologia do standard como um critério merece uma mitigação ou flexibilidade entre os próprios parâmetros. Do contrário, corre o risco de ensejar críticas como Habermas efetuou contra a teoria de Alexy, no sentido de o direito implicar soluções em caráter dicotômico do lícito-ilícito (de maneira absoluta ou autoexcludente ao *modus* formalista). Ver KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, n. 353, jan-fev de 2001, *passim*.

¹⁶⁹ A instrução e reconstrução dos fatos não é um *unicuum*, mas um *continuum* que repercute a metodologia do contraditório e se categoriza juridicamente na solução da decisão judicial. Ver Michele Taruffo, *Uma simples verdade...*, cit., p. 206.

¹⁷⁰ A experiência narrativa diacrônica coloca os assuntos em uma elaboração de continuidade em uma ideal linearidade. De outro lado, a experiência sincrônica estabelece uma conurbação das etapas narrativas sem uma solução de prejudicialidade linear, até porque os elementos que convivem nessa narrativa são de diferentes naturezas ônticas – fatos↔normas do sistema.

¹⁷¹ Desde a vertente semântica da verdade todos autores citam esse exemplo de Tarski. Ver POPPER, Karl R. *Conjecturas e refutações* (o progresso do conhecimento científico). Trad. Sérgio Bath. 2ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, p. 249. Na doutrina brasileira ver Deltan Dallagnol, *As lógicas...*, cit., p. 19.

justificação para essa proposição é que o “gato está sobre o tapete”. Quer dizer que ainda que a justificação percorra escalas axiológicas móveis que são devedoras de um coerencialismo normativo, elas farão um movimento de retorno lógico e hipercíclico para justificar o alegado.

O juízo de fato é institucional porque se movimenta por entre normas, precedentes, tradições, pesquisas técnicas, cânones interpretativos, dentre outros institutos jurídicos como a “regra prática da decisão” encerrada no standard da prova. Ou seja, o julgamento conforme o direito acontece *desde fora* do processo, *desde* as necessidades implicadas pelas normas do direito material. Um objetivo garantido não somente pela previsão de meios de prova, pelo direito probatório, mas principalmente pelo contínuo adensamento do contraditório material que desenvolve a reconstrução dos fatos até a decisão.

Nicola Picardi refere que o contraditório é o “ponto principal da investigação dialética, conduzida com a colaboração das partes. Estamos no âmbito de uma lógica, não do necessário e do inevitável, mas do provável e do razoável”¹⁷². O contraditório não é uma tensão de forças, antes ele qualifica o procedimento e o transforma em processo justo que repercute na argumentatividade e no encerramento integrativo para uma correta decisão judicial. No desenrolar do contraditório o juiz tem o raciocínio elevado por uma qualificação plurifuncional¹⁷³, na medida em que exercita um modo de optar legitimado pelas influências particularizadas pelo diálogo.

Então, o predicado *político* até poderia aparentar um apoucamento funcional dos enunciados standards. Porém, vale lembrar que a graduação do *convencimento* do julgador é historicamente proporcional a uma matriz decisória elaborada pelo júri. Daí pensar que *convencer* o jurado equivale a julgar sem ter parâmetros de controle é decorrente da convicção íntima. Ainda mais quando se aprofunda que a tradição do direito comum ainda trabalha com *verdades negociadas*, com acordos de elisão de culpabilidade, com autonomia institucional de órgãos acusadores, dentre outros tantos aportes que não raramente retiram a necessidade de uma construção deveras preocupada com a epistemologia. A claudicante estrutura decisionista do júri, embora tenha servido de paradigma inicial para a propagação dos

¹⁷² PICARDI, Nicola. *Audiat et altera pars: as matrizes histórico-culturais do contraditório*. Trad. de Luis Alberto Reichelt. In PICARDI, Nicola. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org. e revisor técnico da tradução). *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 142.

¹⁷³ PICARDI, Nicola. A vocação de nosso tempo para a jurisdição. Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. In PICARDI, Nicola. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (organizador e revisor técnico da tradução). *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 19.

standards do *convencimento*, não retira a força da classificação dogmática que apreende o sincretismo entre o cânone epistêmico e o cânone jurídico, ora conferindo *multifuncionalidade* (apofântica e apodítica) aos standards da prova.

No Estado Constitucional, o dever de motivação consiste em direito fundamental por intermédio do qual os argumentos levantados pelas partes devem ser ponderados, emprestando-lhes racionalidade a partir das fontes e demais forças normativas implicadas pelo certame judiciário. Não se requer uma motivação formal e sem justificação conteudística. O mais significativo é que o juiz explique *como* e *por quê* chegou às respectivas conclusões, tendo em vista que a razoabilidade¹⁷⁴ do julgamento perpassa por essa calculabilidade corroborativa. No quadrante do politicamente correto, no qual todos se tornaram julgadores, no qual a massificação leva as pessoas a detonarem guerras em espaços virtuais, a legitimação por vezes contramajoritária é reforçada quando respaldada por noções narrativamente ancoradas. O que é viabilizado pelo escalonamento de graus de confirmação que o sistema jurídico permite antecipar de acordo com a função política dos standards da prova.

Evidente que existem espaços de dissenso. H. L. A. Hart¹⁷⁵ utiliza a alegoria da calvície e pergunta: quantos fios de cabelo devem estar na cabeça de um sujeito para que ele seja denominado careca? Ou quantos fios de cabelo devem faltar na cabeça do sujeito para que ele seja denominado careca?

Ninguém conta fios de cabelo em uma cabeça, portanto a alegoria é uma analogia que aparelha o esquema probabilidade↔suficiência. A solução enseja um *juízo* sobre uma situação, embora o exemplo considere um *juízo* que qualquer criança pode efetuar. Para essa questão não existe uma conclusão unívoca. A resposta depende da metodologia empregada pelo observador. A metodologia da refutação das *possibilidades* desarrazoadas é uma interessante escala de solução – trabalhando em *sentido contrário* da contagem de fios de cabelo. Assim, a conclusão sobre a calvície pode ser aferida por um critério que *falseia o fato de ter cabelos*. Nesse diapasão, Karl Popper¹⁷⁶ refere que a falseabilidade é o critério ótimo para demarcar a testabilidade efetiva de uma conclusão.

Quer dizer que no direito o juiz não examina todos os possíveis meios de prova cabíveis a um caso. Logo, a valoração considera a superposição jurídica ao

¹⁷⁴ KNIJNIK, Danilo. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um direito probatório. In KNIJNIK, Danilo (Coord.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 25.

¹⁷⁵ *O conceito de direito...*, cit., p. 31.

¹⁷⁶ *A lógica...*, cit., p. 41.

esquema de probabilidades no sentido de ponderar as razoáveis possibilidades de refutação de hipóteses. Com essa operação, ele identifica a necessária ancoragem do arcabouço narrativo, levando em conta a coerência virtuosa do contexto à solução – por isso que para além da inicial matriz epistêmica do standard da prova sobrevém o *plus* da *virtualização* decorrente da força normativa com pretensão de correção.

A classificação dos standards da prova em grande medida parte do critério de separação catalogado pela natureza do objeto. Isso acarreta em começar a traçar uma observação que relaciona os extremos da catalogação jurídica. Um standard máximo seria a *verdade*. Em outro extremo, um standard mínimo é a total ignorância acerca da hipótese. Verdadeiro ou falso no sentido jurídico (apodítico) quer dizer a densidade *desde a instrução até a decisão*, que deve ser trabalhada para a pretensão de correção. A partir desse diagrama, o escalonamento deve ser elaborado por aproximação àquilo que tendencialmente acontece no mundo da vida.

O sistema jurídico confere pistas sobre o que é mais importante e por decorrência enseja uma maior ancoragem argumentativa na graduação do coeficiente de *suficiência*. Por exemplo, evidente que os dois bens jurídicos reputados essenciais ao ser humano são a vida e a liberdade. Por isso que eles são tutelados de maneira mais impactante, sendo que a privação da vida e a privação da liberdade dos indivíduos é medida extrema e um erro judicial não deve comprometer esses bens. Daí se falar que uma condenação criminal requer um grau alto de probabilidade ou de confirmação da culpabilidade, com a evidente intenção de reduzir ao mínimo o risco da condenação de um inocente¹⁷⁷.

Em processo penal, chegou a se falar em *verdade material*. A dogmática corrente retifica o predicado para assinalar um alto nível de profundidade ou contundência das provas (“ser tido por verdadeiro”) – provas acima da dúvida razoável ou provas circunstanciais que imputem a responsabilidade ao sujeito sem que haja outras tantas provas que sejam relevantes a ponto de excluir tal responsabilidade.

No outro extremo, diferente da privação da liberdade, as questões julgadas podem ser meramente patrimoniais (aquelas que podem ser quantificadas em dinheiro e permitem a reversibilidade das soluções judiciais). Por maior significação econômica que esses problemas assumam se subentende em geral que elas podem ser contornadas por soluções compensadoras (tutela por equivalência). Essa espécie de erro

¹⁷⁷ TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos*. Tradução de Daniela Accatino Scagliotti. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 249.

pode ser repristinado, razão pela qual em direito privado quando em disputa afirmações cujas partes sejam estruturalmente equidistantes ou isonômicas e, sobretudo a demanda seja de fundo patrimonial, o enunciado standard é denominado como o de preponderância entre as provas em balanço.

A outra perspectiva¹⁷⁸ é aplicada em direito público com caráter sancionatório (ou em direito privado com caráter quase-público porque também prevê alguma espécie de “restrição-sanção”), temática que determina o standard da prova clara e convincente que é mais próximo ao standard da prova acima da dúvida razoável. Em termos políticos, a distância entre dois pontos pode levar ao infinito – o núcleo do problema é separar as premissas que vão para além da natureza do direito e devem aprofundar a observação em critérios objetivos.

Uma classificação dogmática dos standards da prova pode ser resumida nessas três frentes: (a) no processo civil, quando em disputa posições eminentemente privadas e disponíveis (patrimoniais), estando as partes em situação de equivalência estrutural sem a influência de questões de vulnerabilidade, impera o critério da preponderância de provas; (b) no outro extremo da sistematização, o standard que vigora no processo penal é o modelo que repercute a prova acima de qualquer dúvida razoável; para afastar o princípio da presunção de inocência do acusado e privar a liberdade de alguém é necessário um contexto de significativa ancoragem; finalmente, entre os itens *a* e *b*, (c) uma modalidade intermediária de standard da prova está naquelas demandas que não permitem a disponibilidade *prima facie* e tratam de questões tendentes a uma transcendência da mera patrimonialidade¹⁷⁹, o que diuturnamente acontece no direito público (ou posições tendencialmente publicistas) como nos processos que discutem judicialmente questões administrativas disciplinares ou processos em que se discute aplicação de penas¹⁸⁰ (como as penas decorrentes da improbidade¹⁸¹), sendo necessária a utilização do standard da prova clara e convincente.

¹⁷⁸ KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, n. 353, jan-fev de 2001, *passim*.

¹⁷⁹ Nesses casos, “os valores transcendem à dimensão meramente patrimonial, mais adequado será o modelo de constatação da *prova clara e convincente*. A parte deve convencer o julgador que a verdade fática de sua proposição é altamente provável e não meramente mais provável”. Ver OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Curso de processo civil*: processo de conhecimento, vol. 2. São Paulo: Atlas, 2012, p. 80.

¹⁸⁰ Alguns processos administrativos sancionatórios vão oscilar na prática, no caso concreto, a questão da standardização – para aplicar uma pena máxima, como a demissão, o standard devido deverá ser o da prova acima da dúvida razoável. As penas diferentes da demissão podem encorpar a prova clara e convincente. Repete-se que o problema não é meramente classificar, mas conferir previsibilidade àquilo que se está julgando para que as pessoas possam controlar a decisão. Alguns textos de normas chegam a

Outros importantes standards do *convencimento* podem ser lembrados. Não é proibido relacionar situações quase evidentes de terem acontecido, assim como existem questões contra as quais não se viabiliza refutação convincente. A doutrina de Anderson e Twining¹⁸² explicita a relação entre a “crença” e a “pretensa objetividade”, em termos de uma graduação dos standards do *convencimento*: “belief” (subjective) e “strength support” (objective) e, a partir disso, eles arrolam uma série de predicados para uma e para outra coluna no esquema subjetivo-objetivo. Os autores¹⁸³ comentam que nos Estados Unidos existem inúmeros standards, sendo que na Inglaterra é utilizado um número diferente de standards. Denotam que a compartimentação chega a ser livre, considerando que o importante é pontuar a utilização prática do standard enquanto uma escala pré-alertada aos sujeitos em litígio.

As ciências culturais e as limitações do processo até permitem a elaboração de um panorama coerencial nessas escalas móveis. O difícil é que não basta amontoar standards, sendo melhor indicar *com base em quais premissas eles são virtualizados* – uma questão de elaborar a estrutura dos standards (último capítulo: estrutura na perspectiva da tutela do direito). Susan Haack¹⁸⁴ critica a graduação de enunciados que segmentam a verdade como, por exemplo, o standard extremamente verdadeiro, bastante verdadeiro, razoavelmente verdadeiro, algo verdadeiro ou ligeiramente verdadeiro. A verdade como correspondência é somente uma, sendo necessário um contexto probatório que referencie a pretensão de correção que aparelha a regra prática da decisão que divide o risco da falibilidade judiciária entre as partes no processo.

Os standards da prova têm função imediatamente política. Isso não afasta o desempenho de uma função epistêmica. Pelo contrário, o critério epistêmico acaba alcançado mediatemente e reforça a racionalidade política que está no fundamento da standardização – uma coisa leva à outra (organização epistemológica de premissas↔avaliação de prejudicialidade culturalista).

determinar enunciados standards. O Estatuto de Roma, no art. 66, 3, refere: “Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável”. O Tribunal Penal Internacional é regido pela doutrina do *convencimento* e da *dúvida*.

¹⁸¹ Quando o caso de a improbidade administrativa somente prever a sanção do ressarcimento ao erário, evidente que o standard da prova é rebaixado para a preponderância de provas. Uma solução que é sistematizada no último capítulo.

¹⁸² *Analysis...*, cit., p. 338.

¹⁸³ Anderson e Twining, *Analysis...*, cit., p. 364.

¹⁸⁴ Susan Haack, *Filosofia...*, cit., p. 227.

2 O ataque contra a dogmática dos standards da prova

O enunciado “convencimento acima da dúvida razoável” teve sentido desde o excepcionalismo institucional norteamericano¹⁸⁵ considerando que os jurados não motivam as decisões. Esse modelo de constatação (standard) flertava com o intuicionismo do jurado, peculiaridade que embasa parcela da doutrina a ceticamente afirmar que “a verdade é fruto da criação humana, e a prova é a tentativa do homem de convencer todos que a melhor interpretação da realidade é aquela percebida por ele, consciente ou inconsciente. Somente o pensamento e sua devida dedução podem permitir a construção da realidade. Vivemos com fruto de nossos pensamentos”¹⁸⁶.

Qualquer construção cultural é produto do ser humano. Imaginar que todas as soluções se curvam perante a vontade parece reducionismo, na medida em que o programa de racionalidade assinala um freio de estabilização e evolução científica. A vontade e a razão estão presentes nas decisões, disso advém a importância de apreender que a probabilidade e a suficiência do contexto probatório não se confundem, embora elas sejam sincréticas, porque o real e o ideal permitem conferir uma graduação pautada ao fenômeno de intensidade do argumento de prova. Um esquema operacional que não deixa perder o fio condutor da verdade como correspondência na elaboração do raciocínio mais justo, ainda que seja adotada a terminologia standards do *convencimento* judicial.

A ausência de motivação é lastimável a qualquer decisão socialmente sindicável em pleno terceiro milênio. Embora se mantenham *controles-tampão* sobre o julgamento, seja através de uma peculiar apelação, seja através de habeas corpus, seja através da uniformização pelos precedentes, possível concluir que a histórica *empresa do júri* se transformou em uma usina de incertezas contemporâneas. Na atualidade tanto se constata esse dismorfismo técnico que poucas questões acabam sendo levadas ao júri civil norteamericano¹⁸⁷. Somente demandas de alta repercussão social, sobretudo de repercussão econômica, conclamam uma espécie de audiência pública que desperta a atenção do individualismo e do populismo marcante ao excepcionalismo ianque. Nesse sentido que uma graduação de *crenças* polidas para o público leigo, infelizmente, parece

¹⁸⁵ *El derecho...*, cit., p. 20.

¹⁸⁶ SOARES, Carlos Henrique. Processo jurisdicional democrático – relação entre verdade e prova. *RDC*, n. 94, mar-ab/2015, p. 142.

¹⁸⁷ CHASE, Oscar; HERSHKOFF, Hellen; et al. *Civil litigation in comparative context*. Minnesota: Thomson West, 2007, p. 86/9.

desabonar qualquer vocação epistêmica do processo – nisso sim, existe um problema que não consiste apenas aos standards da prova, mas reflete uma falência institucional decorrente da absoluta falta de motivação da decisão (o veredicto pode ser fruto de conjectura, *lobbies* ou troca de favores).

O júri brasileiro também não possui vocação epistêmica. Com efeito, o júri criminal se aliena em holofotes que geram uma castração processual em benefício da arquitetura midiática. Ele fomenta prejulgamentos festejados pela demonização em redes sociais, ele retira a base técnica do julgamento com uma forte dose de ineficiência e morosidade que instigam a impunidade. Dentre outros malefícios, o júri brasileiro também traz na essência a falta da motivação das decisões. Não causa estranheza o coro dogmático contra a instituição milernamente planejada que na dinâmica da atualidade não justifica uma racionalidade para subsistir. A não ser que o júri se resuma a questões semelhantes com as audiências públicas de envergadura mais administrativa e governamental. Todavia, não precisaria se denominar júri popular criminal – que seja orçamento participativo, abertura interpretativa do sistema, tutela jurisdicional inclusionista em questões transindividuais ou terminologias afins. De qualquer maneira, seria mais interessante que se deixasse o judiciário profissional trabalhar inclusive como reflexo de credibilidade estatal no processamento do direito penal já deveras criticado.

Também vale a lembrança que uma agudização ortodoxa do sistema adversarial¹⁸⁸ estadunidense, em alguma medida, até pode marginalizar a possibilidade da formulação prévia de standards como parâmetros de um julgamento. A *sporting theory of justice* confere razão ao vencedor, ao invés de vencer quem tem razão. Nesse sistema, assinala Michele Taruffo, o *notice pleading* permite que a “formulação inicial da demanda não inclui necessariamente uma narração completa dos fatos da causa. Esses podem ser descobertos, um passo por vez, através do *discovery*: portanto, somente na conclusão da fase *pre-trial* é que ambas as partes estarão em condições de traçar um quadro completo da situação fática em que se funda a controvérsia.”¹⁸⁹ Ainda que as fórmulas sobre a “preponderância de provas” ou da “prova clara e convincente” sejam receitas que virtualizam uma sequência crescente de corroboração, dificilmente eles

¹⁸⁸ Característica institucional que Mirjan Damaška soma ao excepcionalismo da instrução levada ao júri. *Los derechos...*, cit., p. 20.

¹⁸⁹ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a reconstrução dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 67.

afastam os interesses limítrofes de uma administração judiciária fortemente influenciada pelas peculiaridades sociais e econômicas do pragmatismo americano¹⁹⁰.

Afinal, no tocante ao juiz profissional americano é notória que a sua independência se desdobra em três frentes (funcional, neutralidade e separação dos poderes), sendo que a neutralidade¹⁹¹ que Owen Fiss salienta implica que “o juiz não seja limitado por pressões corporativas ou institucionais ao decidir questões de fato e de direito. De acordo com essa regra, as decisões judiciais são questões concernentes à consciência e responsabilidade individual do juiz”, o que sobremaneira deixa em segundo plano uma pretensão de correção normativa e até epistêmica das demandas, já considerando o primado da resolução de litígios por sobre a segurança jurídica. De outro lado, o direito brasileiro é pautado por um rígido esquema de preclusões¹⁹², desde a petição inicial até a nota do princípio da eventualidade na contestação, realidade em *fact pleading* que permite uma esperança de maior calculabilidade das questões agitadas no processo. O que se reforça com os enunciados standards.

Para além das críticas institucionais, a doutrina também ataca a estrutura linguística dos standards da prova. Conforme anota Nieva Fenoll¹⁹³, esses enunciados revelam uma imprecisão por vagueza semântica que em decorrência leva a decisão a um casuísmo impressionante. Tudo pode remanescer como *dúvida razoável*, assim como nada pode aparecer como *dúvida razoável*¹⁹⁴. A depender do aprofundamento da explicação que o presidente do júri oferece ao jurado, eles é que definirão *o julgamento do julgamento*: uma espécie de metajulgamento que ninguém consegue desvendar além

¹⁹⁰ Um depurado esquema adversarial é fortemente compromissado com um juiz neutro. Nesse contraditório, embora as decisões possam ser previsíveis às partes, cada qual visualiza mais a vitória que a comprovação das próprias hipóteses. Ver JOLOWICZ, J. A. Modelos adversarial e inquisitorial de processo civil. *Revista Forense*, mar/ab de 2004, vol. 372, p. 136.

¹⁹¹ FISS, Owen. O correto grau de independência. In FISS, Owen. *Direito como razão pública* (processo, jurisdição e sociedade). Coord. da Trad. Carlos Alberto de Salles. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2017, p. 97.

¹⁹² Sistemática de preclusões herdada da rigidez formal do processo comum alemão. Ver OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil* (proposta de um formalismo-valorativo). 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 52.

¹⁹³ *La valoración...*, cit., p. 87.

¹⁹⁴ Larry Laudan revela um ceticismo quanto ao caráter possivelmente subjetivo dos enunciados standards. O autor refere que as pautas jurídicas – como a motivação das decisões – não amenizam a falta de calculabilidade epistêmica dos standards. Com efeito, o autor é um epistemólogo, daí que a valoração da prova na perspectiva de Laudan não encerra um critério epistêmico e outro critério jurídico, sendo que esse último faz amalgamar o ideal de compensação e distribuição dos riscos que é decorrente da justiça material. LAUDAN, Larry. Una breve réplica. Daniel González Lagier. *Doxa*, Cuardenos de Filosofía del Derecho, n. 28, ano 2005, p. 155. Para Laudan, aparentemente toda a decisão deve ser decorrente de normas racionais e lógicas desprovidas de valoração – o que causa perplexidade a um ambiente jurídico, porque se trata de um reflexo da cultura (repleto de valores).

das próprias imprecisões, porque a ausência da motivação permite julgar por intermédio de aspectos não paradigmáticos ao terceiro observador.

Os enunciados standards não podem remontar o sistema da prova tarifada. A prova legal pontuava autênticas escalas pré-valoradas como sinônimos dos *meios de prova* o que, salvo raras exceções, denota um ultrapassado modelo de conceito e de aplicação do direito. Chegou-se a formular uma aritmética de provas, por exemplo, tantas testemunhas de uma classe social valiam mais que o depoimento de outras tantas testemunhas de outra classe social. Importante ressaltar que os standards da prova lidam com o contexto probatório (holismo avaliativo), o que transcende a uma visão unitário de determinado meio de prova. Além disso, se os defensores desse suposto *perfeccionismo* analítico contestam a falta de objetividade dos standards da prova, gera perplexidade que a atual posição filosófica¹⁹⁵ corrente em termos de aplicação do direito sobrepuje o mero dedutivismo. Ora, a prova legal não regulava espaços metodológicos para a decisão racional, seja pela ponderação, seja pela analogia – tudo seria dedução, o que não se vislumbra no atual modelo de direito do Estado Constitucional.

Em lado oposto ao hermetismo da prova legal, Jordi Nieva Fenoll¹⁹⁶ refere que os standards não possuem objetividade aplicativa, na medida em que as *fórmulas vagas* que eles enunciam não permitem uma sotoposição precisa. A crítica se reporta ao conceito do direito¹⁹⁷, mas é quase inseparável da questão sobre a aplicação

¹⁹⁵ ALEXY, Robert. Dois ou três? In ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 225.

¹⁹⁶ NIEVA FENOLL, Jordi. *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 109/110. Causa alguma espécie a leitura de diferentes ensaios do autor, porque ao mesmo tempo em que ele é assumido crítico dos standards da prova, acaba defendendo outros parâmetros de valoração que não deixam de arriscar pela evidente vagueza semântica. Ocorre uma estranha polarização entre conceito e aplicação do direito, nas linhas que Nieva Fenoll defende. Assim, ele se reporta aos algoritmos e a uma heurística na tomada de decisão, o que facilitará o trabalho no futuro próximo – porém isso não deixa de ser uma pauta para um julgamento (p. 45) e, o mais curioso, é que se cuidam de pautas quase fixas que refletem um conceito de direito que atualmente determina a conexão entre direito e moral. Esse conceito de direito enseja a possibilidade metódica de se lidar com vaguezas semânticas que, em outro escrito, o autor repudia. Um paradoxo no conjunto da obra. A doutrina salienta a modificação funcional da legislação, o que se reflete no conceito e na aplicação do direito. Ocorre o que Cláudia Lima Marques denomina de “re-etização” do direito e o reflexo dessa mudança de pensamento são as leis que passam a ser “mais concretas, mais funcionais e menos conceituais. É o novo ideal de *concretude* das leis que, para alcançar a solução dos novos problemas propostos pela nova realidade social, opta por soluções abertas, que deixam larga margem de ação ao juiz e à doutrina, usando frequentemente noções-chaves, valores básicos” e cânones para alcançar a justiça do caso concreto. Ver MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor* (o novo regime das relações contratuais). 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 206.

¹⁹⁷ A crítica de Clermont e Sherwin se estrutura em um apressado conceito de direito. Os próprios autores referem que não são estudiosos do direito comparado: “we are not expert comparative scholars in the sense just described. We are American legal scholars who have noticed a very old difference between common-law and civilian procedures” (p. 244). Então, eles se valem do exame de regras positivadas, em especial, no ordenamento francês, para concluir que não existe uma previsão expressa de enunciados

do direito – as duas questões fundamentais da filosofia do direito. Surpreendente que Nieva Fenoll propõe a recategorização da dúvida judicial que deve ser resolvida através de elementos como o probatório, o econômico, o ideológico, o psicológico e o jurídico, sendo que todos esses elementos (citados pelo próprio autor) devem ser guiados pelo fio condutor da justiça¹⁹⁸.

Quer dizer que criticar a vagueza de textos é contraditório na medida em que Nieva Fenoll leva em consideração os *abertos* elementos que ele denomina probatórios, econômicos, psicológicos, ideológicos e jurídicos, enquanto passagens exemplificativas para chegar a uma resposta justa para o caso concreto¹⁹⁹. Se o autor refuta o manuseio de standards da prova em virtude do cogitado caráter movediço desses enunciados, ele mesmo imagina uma assertividade por intermédio de *fatores deveras indetermináveis e que precisam ser polarizados a um vetor que se modifica culturalmente* – a justiça²⁰⁰. Isso acontece ainda sem que ele polemize a concepção de justiça *versus* o conceito de justiça²⁰¹. O arquétipo desenvolvido por Nieva Fenoll é

standards escalonados. “Although the French criminal standard receives though and discussion, it is quite hard to find even an explicit statement as to what is the French civil standard” (p. 254). A suficiência da prova é pautada pela *correção material*, uma expressão da conexão entre direito e moral, o que não precisa estar literalizado no texto. O conceito do direito regula essa expressão, logo, isso surpreende quem se apega unicamente a regras positivas – pensando que o direito continental ainda equivale apenas ao texto da lei. Talvez a metodologia dos exegetas cujo berço é francês tenha arraigado a linha de visada dos críticos. O que não permite validar tal crítica ao Estado Constitucional que encerra princípios e valores condicionantes da lei. Ver CLERMONT, Kevin M.; SHERWIN, Emily. A comparative view of standards of proof. *Cornell Law Faculty Publications*. Paper 222, em especial, p. 254 e seguintes. Os autores explicitam o fundamento da crítica quando assinalam que “the French do not have a pure version of free evaluation, but rather a mixed system that retains some of the old spirit of *preuve légale*” (p. 249). Como se um ordenamento jurídico que mantém algumas presunções ou regras demonstrativas de prova fosse incompatível com os enunciados standards. Ainda mais, marcando a França enquanto paradigma de toda a atual tradição ocidental, o que assinala um reducionismo. A peculiaridade do juiz francês aparentemente julgar o ônus da prova como ônus da persuasão não contamina a metodologia *ideal* do direito brasileiro. Inclusive porque os próprios críticos relatam que, em França, não ocorre separação entre o standard para a condenação criminal e o standard para a procedência de um pleito civil – o que no Brasil é distinção assentada. Taruffo assinala que os extremismos dos críticos comprometem a razoabilidade da comparação. Principalmente porque elegeram referenciais que não são compatíveis a toda a tradição continental da atualidade. Ver TARUFFO, Michele. Rethinking standards of proof. In *The American Journal of Comparative Law*, vol. LI, Summer 2003, n. 3, p. 662 e seguintes.

¹⁹⁸ *La duda...*, cit., p. 29 e seguintes.

¹⁹⁹ Por conceito de justiça, parece que Nieva Fenoll reúne os elementos circunstanciais a um arquétipo jurídico que seria enunciado pelos demais fatores. A situação surpreende em duas perspectivas: como se o certame jurídico pudesse ser depurado das implicações éticas, ainda mais no quadrante em que o discurso jurídico é uma especialidade do discurso prático racional, segundo Alexy. Além disso, na medida em que fatores realistas e prescritivos levam em conta o movimento cultural que abarca balanços ideológicos, psicológicos, econômicos, sociais e de técnica probatória de uma coletividade, o conceito acaba sendo reducionista. Simplesmente porque a proposta do autor imputa conceitos precisos e incontestes a textos que intrinsecamente demonstram equivocidade semântica. Ver *La duda...*, cit., p. 33.

²⁰⁰ Zagrebelsky, *El derecho...*, cit., p. 9.

²⁰¹ MACCORMICK, Neil. A coerção da justiça formal. In MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 93/4.

mais exemplificativo que operativo, o que arrefece a crítica sobre a terminologia e sobre própria função política dos standards da prova.

A espinha dorsal da crítica do autor arrefece a respectiva contribuição – qual a *justiça* que ele fala? Qual racionalidade dessa *correção material*? Isso ele remete para uma observação dos valores adjudicados pelas normas do direito positivo, o que não deixa de retroagir a uma semântica própria dos atuais ordenamentos jurídicos repletos de textos que abarcam normas abertas, conceitos indeterminados, princípios e modelos que dependem da metodologia regulativa da argumentação.

Os enunciados normativos exprimem as necessidades do direito para alcançar um conceito de justiça. Ocorre que a própria equivocidade textual dos dispositivos jamais será objeto de univocidade de sentidos, porque assim como em expressões corriqueiras do cotidiano²⁰² (por exemplo, *longo*, *breve* ou *útil*), os termos utilizados pelas legislações também podem conter palavras abertas a um contexto de experiências. Situação ainda mais complexa quando imaginada a valoração da prova. Neil MacCormick²⁰³ refere que nem todas as normas jurídicas “podem sempre dar uma resposta clara a cada questão prática que surja. Quase qualquer norma pode se provar ambígua ou obscura em relação a algum contexto questionado ou questionável de litígio. Como as normas são formuladas em linguagem”, é esperado que elas apresentem uma trama aberta e são vagas no que diz respeito a certos contextos²⁰⁴.

A vagueza semântica é uma crítica que se relaciona ao conceito de direito. Porém, ao dizer que a justiça deve conduzir a valoração da prova se trata de posição incompatível com a pretensa ideia de perfeição kantiana do sistema jurídico, algo que parece imaginada por Nieva Fenoll. A justiça enquanto correção material, atualmente reflete uma metodologia pós-dedutiva²⁰⁵. Robert Alexy refere que “o

²⁰² Josef Esser assinala que os fatos jurídicos se valem de parâmetros positivos ou extrapositivos que necessitam de uma integração valorativa. Tais “parâmetros” fizeram difundir a expressão “standards” que para o autor equivalem a um suporte valorativo semelhante a uma cláusula geral. Um conceito técnico abarca determinado “modelo clássico ou consagrado” de razoabilidade semântica corrente. Ver *Precompreensione...*, cit., p. 55.

²⁰³ MACCORMICK, Neil. Justificação por dedução – pressuposições e limites. In MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 83.

²⁰⁴ Guastini assinala uma modalidade de interpretação *standard* pela qual o julgador deve efetuar a escolha de um significado no âmbito dentre diversos significados. Tanto que o autor utiliza a metáfora da *moldura* ao dizer que no espaço de jogo angulado pelo sistema o intérprete pode chegar a uma decisão justa. Ver GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*, cit., p. 29 e 59.

²⁰⁵ Ainda que casos *fáceis* reservem espaço para um dedutivismo, o próprio sistema do direito trabalha com normas contraditórias que devem ser interpretadas, ou seja, a metodologia da argumentação é fundamental para qualquer resultado decisório. Ver MACCORMICK, Neil. Em defesa do deducionismo. In MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo

princípio da segurança jurídica é um princípio formal. Ele exige um compromisso com aquilo que foi estabelecido autoritativamente e é socialmente eficaz. O princípio da justiça é um princípio material ou substantivo. Ele exige que a decisão seja moralmente correta. Esses dois princípios, como princípios em geral, podem colidir, e de fato eles frequentemente colidem. Um nunca pode tomar o lugar do outro completamente, ou seja, em todos os casos. Ao contrário, a dupla natureza do direito exige que eles sejam considerados reciprocamente em uma proporção correta. Na medida em que essa proporção correta é obtida, é alcançada a harmonia do sistema jurídico”²⁰⁶.

Tendo em vista a dúplici indeterminação do direito²⁰⁷ (equivocidade dos textos e vagueza das normas), qualquer enunciado jurídico pode ser criticado como imperfeito. Isso não afasta a possibilidade de pautar tendências – o problema é *como* que esses elementos permitem resultar em uma decisão justa, quer dizer, o problema é metodológico sobre o alcance heurístico e guia justificacional dos standards da prova para que eles resultem em um grau mínimo de corroboração para uma hipótese ser reputada como provada (cânone epistêmico e cânone jurídico imbricados).

Uma teoria sobre os standards da prova que inicialmente foi desenvolvida para justificar a exclusão de provas (para não contaminar o *convencimento* do jurado) trabalha com a dúvida e a perspectiva do erro – melhor absolver algum responsável que condenar um inocente. Dilemas que permanecem em qualquer contexto semântico. Acontece que no sincretismo entre questão de fato e questão de direito a proposta deve ser regulativa no sentido de organizar uma metodologia de trabalho por intermédio de premissas que sejam adjudicadas pelo sistema jurídico.

O erro judicial é compensado pela força normativa que leva em conta a *valoração das dimensões da tutela dos direitos*: hipóteses organizadas pela hierarquia das fontes → interesse que se concretiza em repercussão individual ou social → efetivação da técnica. A valoração dessas dimensões que estruturam os standards da prova são limitadores do juízo de fato, obviamente, tudo ensejando um compromisso argumentativo que não fenece pela mera alegação de vagueza semântica.

Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 70/1. No mesmo sentido, Josef Esser, *Precomprensione...*, cit., p. 25. A própria dissociação entre texto e norma explicita essa maneira de operar o direito. A norma é extraída do texto, para tanto, deve atender a uma regulação do método que “deve ser racionalmente justificado sob o perfil interno, de coerência entre premissas e conclusões, e sob o perfil externo, de fundabilidade e aceitabilidade das premissas”. Ver Marinoni, *O novo processo...*, cit., p. 89.

²⁰⁶ ALEXY, Robert. A dupla natureza do direito. In ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 312.

²⁰⁷ Riccardo Guastini, *Interpretare...*, cit., p. 39.

3 O contexto probatório que aparelha a hipótese para a decisão

Um jogador de futebol pode desequilibrar uma partida? Um teste de ADN resolve uma questão de paternidade? O teste negativo de ADN (que exclui a presença do suspeito no local do crime) tem maior intensidade corroborativa que uma prova testemunhal que imputa a responsabilidade criminal a um sujeito?

As perguntas destacam em primeiro lugar que conceitos abstratos referentes a *meios de prova* não são diretamente proporcionais a enunciados standards (embora eles possam nuclearmente resolver uma questão)²⁰⁸. Falar em “prova acima da dúvida razoável”, em “prova clara e convincente” ou em “preponderância de prova”, portanto, deve atentar para um contexto que se liga *valorativamente* a uma conclusão. Os standards da prova enfatizam modelos de avaliação intersubjetivos que buscam respaldo na razoabilidade, na clareza ou na preponderância da prova²⁰⁹ – *juízos* que assinalam o equilíbrio dinâmico entre a causa e os resultados dela decorrentes, uma experiência de *contextos* entre *contextos* que assinalam um apontamento holístico (figura de mosaico)²¹⁰.

Quer dizer que uma dimensão atomística do conhecimento é aquela através da qual o julgador examina cada alegação de fato e confere uma relevância para o meio de prova que ele descreve. Isso acontece na fase de formação da prova (relevância e admissibilidade). De outro lado, uma dimensão holística consiste na perspectiva em que não se valora isoladamente cada alegação de fato, mas se efetua a valoração do contexto como um modelo *gestáltico* para chegar a determinada conclusão, em função da intensidade do contexto probatório resultante da metodologia corroborativa *versus* refutativa. Esses modelos não são incompatíveis, pelo contrário, a

²⁰⁸ Uma percepção atomística referenciada em Ludwig Wittgenstein e Bertrand Russell confere pesos aos meios de prova. Susan Haack assinala que “standards of better and worse evidence are, by my lights, perfectly objective; they don’t depend on what anyone feels, or thinks, about whether this or that evidence is good or is poor. Still, I would add, when we make those everyday judgments of the worth of evidence, we recognize *this* evidence as good in part because we feel it sufficient to satisfy our doubts, to command our assent, and *that* evidence as poor because we feel it *insufficient*”. Ver HAACK, Susan. Justice, truth, and proof: not so simple, after all. *Revista Brasileira de Direito Processual*, ano 25, n. 99, jul-set/2017, p. 23. As perguntas que introduzem o tópico inquietam a doutrina de Susan Haack. Um meio de prova eventualmente pode ser *mais decisivo* que outro. Porém, os enunciados standards emprestam força adensadora a um juízo de *suficiência* que abarca *hipótese e contexto probatório* no encerramento sincrético entre o critério epistêmico e o critério jurídico.

²⁰⁹ *El derecho probatorio...*, cit., p. 50.

²¹⁰ Na fase de produção das provas (relevância e admissão), os *meios de prova* são aferidos analiticamente, prova por prova. Em fase de tomada de decisão sobre “a prova” se leva em conta o contexto, o conjunto de provas amalhadas para corroborar ou para refutar uma hipótese de trabalho.

doutrina²¹¹ trabalha no sentido de apaziguar as discrepâncias entre o modelo analítico e o modelo sincrético porque se trata de uma condição de possibilidade que referencia a reconstrução dos *cases* (*do fato bruto ao fato jurídico*).

Daniela Accatino²¹² assinala que o processo aparelha um ambiente de racionalidade híbrido a partir do qual existe uma circularidade entre o pensar desde uma *hipótese ancorada pelas provas* até a consequência desse *contexto*. O modelo analítico e o modelo sincrético estão compromissados com a consistência derivativa das próprias premissas, com a intensidade dos efeitos que podem ocasionar e sobretudo com a base coerencial que as sustenta, partindo-se de uma explicação mais aceitável. Nesse ponto que vale mencionar que a inferência para a melhor explicação²¹³ (IME) ou o esquema de confirmação de hipótese são adotadas em concurso com o probabilismo matemático, mas a autora deixa entrever que a *suficiência* da prova – na conjugação de critérios epistêmicos e critérios jurídicos – depende de uma aferição *valorativa* que falseia ou pode falsear a hipótese de trabalho que remete a uma decisão. Afinal, a questão da *suficiência* é jurídico-crítica e abarca uma virtualidade imanente ao direito (pretensão de correção apodítica).

Uma operação de coerentismo híbrido também pode ser visualizada no referencial de Karl Popper, porque a construção da idéia é sincrética: consiste em um

²¹¹ Anderson and Twining, *Analysis...*, cit., p. 169.

²¹² La arquitectura..., cit., p. 70 e seguintes. A autora antepõe o modelo atomista ou modelo holista como pressupostos das normas de prevenção ou de liberdade na valoração da prova. Isso fica mais saliente com as regras de exclusão da prova, nos sistemas nos quais trabalha o júri, porque o jurado não precisa motivar a decisão. A motivação elide a necessidade de tantas normas de exclusão de provas. Um pouco diferente dessa ordem argumentativa, tratando a questão em um aspecto mais psicológico, Mirjan Damaška refere que os processos mentais *não destoam entre jurado ou julgador profissional*, ainda que um não motive a decisão e o outro tenha que motivar. A transição entre atomismo e holismo, portanto, é natural a uma percepção do ser humano, independente das repercussões eventualmente jurídicas que podem ser surpreendidas a partir desse evento. *El derecho...*, cit., p. 45/7. De fato, pensar rápido ou devagar, refletir sobre hemisférios cerebrais ou sobre inteligência intelectual, emocional ou até espiritual, evidencia que grande parte das questões são metajurídicas. O certame jurídico acaba tomando de empréstimo uma porção dos fenômenos – porém, a peculiaridade de não expor em premissas argumentativas as razões da decisão é que *deixam à deriva* a possibilidade de controle do veredicto. Daí não se concordar com essa suposta equipolência nesse ponto levantada por Damaška.

²¹³ A teoria da IME se torna *perigosa* nos próprios termos quando se utiliza uma pequena amostragem para automaticamente resultar em uma conclusão inferencial – essa eventual axiomatização pode transformar a *melhor explicação* em uma conjectura. Por isso que um exame da *suficiência* apreende inferência e probabilidade para um resultado sincrético e idealmente mais preciso, tendo em vista que a correção material lhe é imanente. Ver POPPER, Karl R. *Conjecturas e refutações* (o progresso do conhecimento científico). Trad. Sérgio Bath. 2ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, p. 83. Citando vasta doutrina, Deltan Dallagnol refere que diversas variantes influenciam no resultado final, levando-se em conta a amostragem: vide o grau de garantia das premissas (ou a natureza da amostra), o tamanho da amostra que pode beirar perigosamente à generalização, bem como a representatividade da amostra (distribuição do conteúdo da amostra). Ver DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo* (prova direta, indícios e presunções). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 65/6.

juízo-valorção, mas sem descurar da possível desconstrução pontuada por fatores externos à hipótese inicialmente aventada. Aliás, a prova como argumento consiste em aproximar o direito em relação ao aporte da *lógica* e da *moral*. Luis Alberto Reichelt salienta que “olhar para o passado não separa fato e norma, de maneira que a reconstrução da realidade histórica não pode ser dissociada da sua valorção”²¹⁴. O conceito do direito e a aplicação do direito na repaginação da prova como argumento remete ao entendimento da *suficiência* do contexto probatório enquanto juízo ou valorção sincrética ao critério epistêmico. Por isso que a ressalva conceitual que outrora falava em alegações de fato e em meios de prova, atualmente, é mais significativa quando se raciocina com *hipóteses* cuja ancoragem é auferida pelo *contexto probatório*.

O tradicional regime de imputação²¹⁵ decorrente da sotoposição do fato à norma, no contemporâneo quadrante do pensamento jurídico, cede espaço ao amálgama entre probabilismo e esquema de confirmação – que são ponderados pelo juízo da *suficiência*. Assim, quando Anderson e Twining²¹⁶ reportam a doutrina de Wigmore e assinalam a necessidade de haver um cuidado com as premissas (hipóteses), com a melhor inferência (alternativa mais convincente) e sobretudo com aspectos que podem retirar do dilema a condição de plausibilidade, isso quer dizer que a hipótese consiste em um argumento de trabalho que ganha ancoragem no contexto respaldado pela *suficiência* da prova²¹⁷.

Atualmente, a conclusão decisória com pretensão de correção é produto da filtragem de uma hipótese qualificada pelos standards que aquilatam a possibilidade

²¹⁴ *A prova no direito...*, cit., p. 42.

²¹⁵ O enunciado referenciado na imputação corresponde ao legado kelseniano e ao núcleo axiomático inferencial elaborado por uma conceção formal da argumentação. Ver KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 8ª ed. 2ª tir. São Paulo: Martins Fontes, 2009. Também ver ATIENZA, Manuel. *O direito como argumentação*. Trad. Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014.

²¹⁶ Anderson and Twining, *Analysis...*, cit., p. 169/170. “We are in general agreement with this thesis. However, in the present context, it needs to be modified and extended in a number of ways. First, it is not only stories, but also theories of the case, that performe the functions of selection, gap-filling, testing for completeness and consistency, and, we would add, organization. Secondly, stories and theories are important at every stage in the process and not merely in the closing stages of argument and adjudication in court. Furthermore, the precise roles that they play will vary according to the type of case and the diferente stages of the process; some of these variations will be explored as we proceed”.

²¹⁷ As provas incluem tanto os elementos sensíveis (meios de prova) como as razões supostas em cada prova – isso consiste em apreender a prova como argumento conforme o modelo constitucional de prova que trata a legislação escrita (as fontes) como plataforma de problematidade a ser resolvida no cotejo ao caso concreto. Ver HAACK, Susan. El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica. *Estándares de prueba y prueba científica* (ensayos de epistemologia jurídica). In VÁZQUEZ, Carmen (ed.). Madrid: Marcial Pons, 2013, P. 76.

de falseamento que atacam as próprias consequências e os pressupostos de antemão alvitados. A decisão pressupõe a transição argumentativa entre passado-futuro. Nesse sentido que o legislador brasileiro se posiciona tendo em vista o art. 300 do Código de Processo Civil, na medida em que escreve que a tutela provisória deve ser concedida quando haja “elementos que evidenciem a probabilidade do direito”. Os comentaristas²¹⁸ do código referem que “a probabilidade que autoriza o emprego da técnica antecipatória para a tutela dos direitos é a probabilidade lógica – que é aquela que surge da confrontação das alegações e das provas com os elementos disponíveis nos autos, sendo provável a hipótese que encontra maior grau de confirmação e menor grau de refutação nesses elementos. O juiz tem que se convencer de que o direito é provável para conceder tutela provisória”.

Por se tratar de um exegese do código, evidente que não se diferencia a probabilidade matemática da probabilidade lógica, muito menos se fala em *suficiência* do contexto. O importante é notar que tendo em vista a peculiaridade da tutela provisória geralmente se fala de pedido em liminar, o que não providencia um *confronto entre provas (mas conflito entre “proposições”)*. De qualquer maneira, o provimento deve sopesar a *possibilidade de falseamento* com base naquilo que de comum acontece.

Uma suposta crítica²¹⁹ aventaria que os fatos ou as alegações de fato é que seriam objeto de prova ou não, mas jamais o direito pode ser reputado como provável – uma visão tradicional da temática. Ocorre que na metacomposição entre epistemologia e demais valores jurídicos para a tomada da decisão, o Código de Processo Civil visivelmente adota a incindibilidade entre fato e direito, bem como leva em conta o fenômeno da *suficiência da prova como uma mais-valia jusepistêmica para além da probabilidade matemática e lógica, para além do esquema de confirmação indutiva, porque também se está falando de “valor”, de “juízo crítico”*.

Logo, a base do confronto argumentativo considera uma hipótese de trabalho que assume um determinado peso²²⁰ concretamente, a depender do contexto probatório que respalda tal hipótese (reúne fatos mais o direito). Por decorrência, a mais-valia adjudicada à hipótese consiste na *suficiência* contextual, substrato que

²¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 394.

²¹⁹ Citando Sentis Melendo, a doutrina de Ovídio Baptista da Silva sempre foi de uma precisão conceitual inestimável. O autor repete que os fatos não são objeto de prova, os fatos existem ou não existem, a alegação sobre os fatos é que pode ser objeto de prova. Ver SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*, vol. I. (processo de conhecimento). 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 341.

²²⁰ *As lógicas...*, Deltan Dallagnol, cit., p. 139.

confronta as possíveis situações de falseamento que *desde fora* (capítulo do direito) e *desde dentro* do processo apostam para outro resultado estranho ao provável. Equivale a refletir sobre a maior ou a menor margem de erro, quer dizer, à *razoabilidade na manutenção da dúvida processualmente aceitável*.

Finalmente, nesse ponto de acerto conceitual merece lembrança a analogia formulada por Ferrer Beltrán²²¹, ao referir que a tomada da decisão judicial é funcionalmente semelhante ao diagnóstico clínico. Com efeito, o diagnóstico e a decisão judiciária atendem a limitadores temporais, espaciais e pessoais, daí elaborando uma valoração que conecta a trílogia *hipotético contextualizado-juízo argumentativamente ancorado-futuro possível*. Evidente que cada ciência tem seus patamares próprios sobre a almejada aceitação-decisão dos experimentos²²², o que diferencia a particularidade de um problema judiciário de um problema em medicina. Porém, é válido refletir teleologicamente sobre as semelhanças aos esquemas disciplinares, já que ambos partem de premissas *hipotéticas*, perpassam *juízos* fulcrados em *contextos* para então resultarem em um *prognóstico* que não se desgarra dos epifenômenos em seu consequencialismo.

Quem efetua um diagnóstico tem a responsabilidade de alvitrar um melhor prognóstico. Quem trabalha com a dúvida judiciária deve tomar uma decisão mais próxima da verdade de maneira que os efeitos jurídicos produzidos sejam justos porque legítimos para a estabilização dos conflitos.

4 O tipo certo de fenômeno errado

²²¹ *La valoración...*, cit., p. 47/52. O exemplo entrevê que a jurisdição não está no centro da teoria do processo, como no tradicional comparativo entre o juiz e o historiador formulado por Calamandrei. Na questão do diagnóstico existe uma preocupação reconstrutiva e prospectiva, quer dizer que os efeitos futuros perpetrados pela tutela também devem ser avaliados na dupla face que uma decisão proporciona em termos de modificação da realidade. A *tutela como polo metodológico* do processo civil, no exemplo dogmaticamente atualizado por Ferrer Beltrán, cumpre a função de saneamento e organização, retrospectiva e prospectivamente, na tendência e na dinâmica que as construções culturais implicam à experiência jurídica. Uma evolução em termos de comparação ao que outrora se efetuou, entre o juiz e o historiador, conforme o próprio Ferrer Beltrán anota. Ver CALAMANDREI, Piero. *El juez y el historiador*. In CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945, p. 107/130.

²²² *A estrutura...*, cit., p. 63. Um conjunto de observações e experiências pode valer para a ciência sem ficar adstrito a um determinado campo e também acabar valendo para o direito, como no caso da analogia entre diagnóstico e a tomada da decisão judicial. O problema é filtrar as premissas que devem ser observadas para se chegar a uma solução coerente. Vale dizer que assinaladas as limitações e compensações valorativas os respectivos juízos críticos científicos ficam bastante próximos por ocasião dos argumentos práticos regulativos que utilizam.

Um pensamento multidimensional não elimina as contradições internas quando o paradigma conecta premissas arraigadas em outro modelo de raciocínio. Edgar Morin²²³ ressalta que jamais se resignou a um saber fragmentado e desligado de um contexto de antecedentes, pois “a causa profunda do erro não está no erro de fato (falsa percepção) ou no erro lógico (incoerência), mas no modo de organização de nosso saber num sistema de ideias (teorias, ideologias)”²²⁴. É necessário, portanto, atenção com o legado institucional que eventualmente dificulta a organização das ideias em um sistema diferenciado daquele em que historicamente se fundamentou.

Os standards da prova pressupõem uma construção lógica e jurídica consolidada ao largo da tradição do direito comum. Nesse caso, perigoso falar em standardização como um módulo que automaticamente deve ser utilizado ao direito continental ou o que Terence e Twining²²⁵ definem como *framework* que adjudica um resultado pré-escalado decorrente do *issue making stage*. Aqui não se fala em importação de conceitos, mas em atenção para uma perigosa sistematização (se açodada) de uma estrutura e funcionalidade advinda de outra cultura.

Já se assinalou que o excepcionalismo americano fomenta o contraditório por intermédio do esquema adversarial. Também se comentou que a parametrização dos enunciados standards foi endereçada aos jurados que entregam uma decisão sem motivação. Larry Laudan²²⁶ aponta que observando o sistema do direito comum e o sistema continental é possível concluir que a primeira escola desenvolve os standards *em sala* com os jurados. Esses são informados para firmar uma *certeza moral*. De outro lado, em diferente escala *qualitativa*, o direito continental discute os standards entre juristas e acadêmicos cuja prioridade é falar sobre probabilidade e confirmação, imbricando-se a essa posição do epistemólogo o *juízo da suficiência do contexto probatório*.

A transição entre as tradições jurídicas deve atentar para essas peculiaridades na medida em que o jurado pode quase tudo (julgar sem motivar)²²⁷.

²²³ *Introdução ao pensamento...*, cit., p. 7.

²²⁴ *Idem*, *ibidem*, p. 9.

²²⁵ ANDERSON, Terence; TWINING, William. *Analysis of Evidence: how to do things with facts based on Wigmore's Science of judicial proof*. Evanston, Illinois: Northwestern University Press, 1991, p. 340.

²²⁶ LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. Trad. Raúl Calvo Soler. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, ano 2005, p. 98.

²²⁷ A expressão panprocessualismo é utilizada por Marinoni ao identificar que diversos conceitos ou institutos do processo são manuseados pelos processualistas, mas *como se o direito material não existisse*. Ou seja, despreza-se o diálogo das fontes, a ductibilidade do ordenamento e a abertura do sistema jurídico na pretensão de se manterem decantadas fórmulas referenciadas *no* processo e *para* o processo. Ver

Continuar a pensar em standards para mero socorro do jurado seria o mesmo que manter a jurisdição como polo metodológico do processo²²⁸ – o que ratifica a questão do *erro* como elemento central a uma organização escalonada de standards da prova. Mais que isso, é tratar a falibilidade institucional como um *erro de fato*, tratar o fato ontologicamente, e não o *erro no juízo sobre o fato* (erro valorativo na tomada da decisão sobre as provas).

O problema não se trata apenas em localizar o erro como núcleo de uma teoria sobre os standards da prova, mas na *maneira pela qual ele é abordado*. Quando a jurisdição consiste no epicentro do processo, o jurado (ou até mesmo o juiz) parece que pode errar e até decidir se realmente errou – ou seja, na prática da tecnocracia ele *nunca vai admitir um erro*. Um aporte de *metafalibilidade*²²⁹ que Vitor de Paula Ramos²³⁰ identifica como um modelo subjetivo no qual a *crença* do julgador é que define o que está provado ao arrepio do fio condutor da verdade como correspondência. Em realidade, o direito probatório e as forças normativas que limitam e compensam substancialmente as dúvidas do veredicto é que adjudicam o compromisso valorativo que sincretiza à epistemologia na tarefa decisória do operador. Logo, a questão atual é identificar tendências, elas é que preordenam *como* identificar e *valorar* o erro de juízo.

A falibilidade humana na valoração da prova não pode ser arriscada a um conceito atomista e neutro, como algo indiferente a valores. Isso respaldaria um psicologismo. Embora a epistemologia forneça racionalidade e lógica na tomada de decisão sobre o fato, nesse percurso decisório também ocorre uma impositação ideal-virtual que vislumbra a possibilidade do *erro como ponto de partida* para a organização

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*, Curso de processo civil, v. 1, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 283/4.

²²⁸ A racionalidade no programa argumentativo é ponderar soluções por intermédio de normas válidas pelo sistema na terminologia de uma metodologia da corroboração. Afinal, são as normas que firmam os “supostos auxiliares” (conceito de inserção metódica em Ferrer Beltrán) que expressam a pré-compreensão do observador. O júri não participa dessa ordem de coisas, na medida em que o julgamento é misterioso e sem um alavancamento de critérios técnicos estudados e eleitos para a decisão. Edgar Morin leciona que a palavra racionalização é utilizada até na psiquiatria como uma apreensão da realidade em um sistema coerente, sendo que tudo o que contradiz a esse sistema é afastado porque não condiz com as regras ou normas predispostas. Ver Edgar Morin, *Introdução ao pensamento...*, cit., p. 70.

²²⁹ O erro judicial não é apenas judicial. Partindo dessa semântica, tudo parece sufragado a uma perspectiva metodológica na qual a jurisdição está no centro da teoria do processo. Tanto o erro como a compensação, a limitação, enfim, o *conserto do erro* seriam tarefas adstritas ao juiz ou ao jurado. As coisas não ocorrem assim, porque *apesar da vontade* do julgador a justiça auferida desde o sistema jurídico é que antecipa em que consiste o erro que deve ser prevenido e, por decorrência, promove um esquema de compensações – uma autêntica técnica para a *repartição do erro* e que se reflete como regra prática de julgamento porque auxilia na delimitação do grau mínimo de corroboração do contexto probatório.

²³⁰ O procedimento probatório..., cit., p. 117.

e harmonização dos *standards da prova como regras de decisão que preenchem o limbo entre a prova e a decisão. Assim, demarca-se o nível mínimo de corroboração de uma hipótese para que ela seja reputada como provada*, trazendo ao processo o ancoramento de um autêntico contexto apofânico e apodítico para a solução de hipóteses de trabalho (*cases*) na perspectiva da tutela dos direitos.

Qualquer construção cultural sofre influências ambientais. Por exemplo, os fatos empíricos são regidos por leis universais, como acontece quando um pedaço de papel que despenca do décimo andar de um prédio, ele é regido pela lei da gravidade²³¹, assim como a mesma lei da gravidade incide sobre um tijolo que despenca desse mesmo lugar. A questão a ser discutida é que diversos fatores supervivem nessa diversidade de influências sobre o *dado papel* ou o *dado tijolo*, refletindo diferentes efeitos em termos de resultado. A forma e a natureza do objeto, assim como o meio por intermédio do qual eles despençam (ar ou a água) acaba influenciando na resistência e no impacto decorrente da especificidade dos fenômenos concomitantes à lei da gravidade.

Em sentido similar, diversos fatores convivem para arrazoar as decisões judiciárias. Ao lado de uma mesma lei e no confronto entre provas existem outras tantas implicações e valores que devem ser respeitados. Quer dizer que valores, interesses, fins e objetivos são ponderados ao veredicto. A epistemologia jurídica²³² se refere ao estudo orientado a determinar se os sistemas de investigação dos fatos são válidos para buscar a verdade em termos de lógica e racionalidade (atividade pretensamente neutra em termos axiológicos). Relação nem sempre atingida porque, na prática, devem ser respeitados os demais valores conviventes no circuito processual. Daí que é preciso vislumbrar os fatores de força reversa que ora mitigam a constatação da verdade. O juízo da *suficiência* do contexto probatório que é tendencialmente jurídico dialoga com uma depuração pragmática que não é absolutamente neutra (apofântica) no processo judiciário.

Portanto, o *tipo certo de fenômeno errado* não consiste em analisar ontologicamente um *fato bruto*. O sistema jurídico determina levar em conta não apenas uma alegação de fato como base do questionamento, mas um esquema normado de fenômeno, uma hipótese de trabalho que deve ser aparelhada pelo argumento de prova no palco valorativo em que está inserida. *O núcleo débil epistêmico é focar no erro*

²³¹ Exemplo de Larry Laudan, *Verdad, error...*, cit., p. 27.

²³² Idem, p. 23.

como centro do sistema, como afirma Larry Laudan²³³, porque intensificar o standard em um aporte de convergência da prova talvez não reduza os erros subsequentes – ainda mais considerando que o ordenamento jurídico e atividade mental (“aceitação”) do julgador trabalham para a *distribuição do erro* de uma maneira juridicamente coesa (os standards dividem a responsabilidade pelo erro²³⁴). O trabalho do standard da prova é verificar esse condicionamento (ou não) do contexto probatório em relação à hipótese conforme a correção material que é devida à consequência jurídica alvitrada.

Embora crítico da standardização, Nieva Fenoll chama a atenção para inseparabilidade da questão de fato da questão de direito, ou seja, deve-se antever e organizar as premissas argumentativas para a manutenção da racionalidade da valoração da prova. Vale dizer que ao invés de fixar atenção na questão do erro bruto, o autor salienta que a situação de *dúvida encerra o erro com uma mais-valia referencial*, um fenômeno qualificado pela juridicidade. Porque incrementar a proteção contra uma espécie de erro, em complementariedade lógica, pode diminuir a proteção contra a espécie de erro reverso (por exemplo, a absolvição desmedida de um inocente pode ser tão protegida com a utilização de um standard incrementado que inúmeras falsas absolvições acabariam por ensejar a impunidade).

O núcleo da inquietação de Nieva Fenoll²³⁵ colabora com enfoque dos standards da prova como regras de decisão que demarcam o nível de corroboração de uma hipótese para que ela seja reputada como provada²³⁶, considerando o incremento técnico na utilização da terminologia da *dúvida como uma sobrevaloração do erro* bruto (embora seja entendido como erro judicial). Assentado que a tradicional filosofia da prova firmou a estrutura *verdade-erro-decisão*, o erro poderia servir como referencial dessa ponte entre as figuras, de um lado empírica, de outro lado, valorativa. Não seria preciso substituir o erro por mera questão sintática para elaborar uma tendência de

²³³ Por qué un estándar..., cit., p. 97.

²³⁴ Trata-se de um erro “estimado”, um erro “virtualizado”, um erro que pode ocorrer – daí que se trata de um juízo valorativo efetuado pelo próprio sistema jurídico e concretizado como regra que define a suficiência do contexto probatório.

²³⁵ NIEVA FENOLL, Jordi. *La duda en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 28/34.

²³⁶ Fazendo justiça a Nieva Fenoll, a suposta *evitação da palavra erro*, para melhor visualização da semântica da *dúvida*, é premissa encontrada no ensaio *La duda en el proceso penal*, datado de 2013. Escrito mais recente, portanto, que o *La valoración de la prueba*, datado de 2010, no qual a terminologia erro é vastamente utilizada – peculiaridade que não destoia da própria teoria do autor, mas chama a atenção para um compromisso sincretizador de aspectos que ele mesmo tenta convergir a uma racionalidade de juridicidade para fins de justiça. No presente trabalho, embora se ressaltando a importância do sincretismo (epistemologia e direito) nas soluções judiciais, ainda que a figura da dúvida seja a mais técnica, para fins de entendimento corrente, o erro continuará sendo utilizado – com a peculiaridade de que a *valoración do erro* é o que mais importa, e *não* o velho erro bruto.

standardização da prova. Ocorre que tendo em vista o entrelaçamento entre fato↔norma é inegável que o erro perdeu a posição central²³⁷ ou, em outras palavras, ele deve ter a posição central *compartilhada* pelo esquema unificador entre fatos e normas jurídicas que efetua a ligação coerencial entre a verdade e a decisão – a tutela assume a posição central tanto no processo como na questão da valoração do erro.

A importância da questão da tutela dos direitos aparece com firmeza porque, para além do erro, a filosofia da prova deve fazer constar os pilares da verdade-erroXnorma-decisão, no sentido de que as normas é que entabulam uma solução de compensação: para afastar o erro → para diminuir a repercussão do erro → para arrostar os danos e ilícitos que o erro implica ao desenrolar da decisão é necessário funcionalizar juridicamente as soluções em busca das finalidades eleitas pelo sistema jurídico.

O penalista Claus Roxin assinala a importância dos dados ontológicos²³⁸ como por exemplo o erro se apresenta, originariamente, no estudo dos enunciados *standards*. Porém, esses dados cedem espaço seja para os fins políticos, seja para o entrelaçamento dos fatos com as normas na dogmática e na prática da jurisprudência. O autor propõe a coalizão de dados brutos e fatores valorativos ao dizer que “o parâmetro de decisão político-criminal, que seleciona e ordena os dados empíricos jurídicos penalmente relevantes, tem preponderância. Normativismo e referência empírica não são métodos que se excluem mutuamente, mas eles se complementam.”²³⁹

Roxin assinala que “o primeiro passo na resolução de problemas na dogmática do direito penal deve sempre ser uma idéia orientadora normativa, na qual, porém, receberá contornos diversos a depender das características do dado da vida a que ela se aplicará”²⁴⁰. Em seguida, exemplifica com o clássico excerto de Radbruch que, a depender da matéria-prima utilizada (bronze, argila, ouro ou madeira), a determinação da idéia artística sofre variações estéticas sensíveis. O primado do direito ou o primado do fato é questão que vai ao encontro do silogismo. Entretanto, um coerencialismo

²³⁷ Zagrebelsky, *El derecho...*, cit., p. 12.

²³⁸ Categorias ontológicas são os fatos brutos que na concepção finalista capitaneada por Welzel poderiam estar encerrados nas representações do pensamento (categorias do *ser* inseridas na gnoseologia). O finalismo colaborou para a limitação de práticas expansionistas do direito penal, porém, estancou conceitos jurídico-penais de maneira que eles não se aproximassem da realidade e não repercutissem políticas criminais tendentes aos alvites que uma nova concepção da justiça em tempos contemporâneos. Uma visão unicamente ontológica engessa severamente a tendência ideal articulada pelas proposições jurídicas. Ver WELZEL, Hans. Prólogo do autor à 4ª edição. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 13.

²³⁹ ROXIN, Claus. Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do direito penal. In ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 63.

²⁴⁰ Idem, p. 62.

contemporâneo, ou melhor, a aproximação do direito à justiça e a pretensão de correção material não permitem tal ordem de ideias apenas em operação dedutivista, considerando que o mais importante é a circulação entre fato e norma até se chegar a uma solução justa.

O *tipo certo de fenômeno errado*, nesse sentido, não chega a ser uma novidade a ponto de afastar as construções dogmáticas até então elaboradas. O próprio ensaio, sem prejuízos ao entendimento, volta e meia utiliza a terminologia do erro. O interessante é assinalar que tecnicamente focalizar pura e simplesmente o núcleo de um estudo dos standards na figura do *erro-bruto como dado ontológico* não permite avançar para a distribuição normativa das implicações que decorrem da transição do *objeto da valoração* para a *valoração do objeto*. Mais que o erro se deve fazer presença a *distribuição dos prejuízos decorrentes desse erro*, constatação que torna significativo pontuar que o erro – a partir das normas distributivas e compensadoras da correção material pela tutela do direito – sofre a incidência do ordenamento para atingir um valor e assim deve ser visualizado: a decisão mais correta o possível²⁴¹ compensa o eventual erro e seus prejuízos.

O erro na tomada da decisão sobre as provas do processo é um risco a ser compensado e limitado entre as partes – é um fardo real a ser mitigado pelo plano ideal da virtualidade jurídica. O standard da prova tem por fundamento a identificação do erro-bruto, mas transita valorativamente para ser uma regra de decisão (virtual) que distribui os riscos do erro institucional, daí assinalando o grau de corroboração mínima de uma hipótese para que ela seja reputada como provada – a função política dos standards da prova serve à epistemologia e também é por ela metodologicamente regulada.

A *transição de objeto de valoração para a valoração do objeto* é decorrente da colocação do instituto da tutela no centro da teoria do processo. Uma rotação paradigmática que, em analogia, no direito penal fora iniciada pela dogmática de Graf zu Dohna²⁴², mas pautada por James Goldschmidt²⁴³, ao asseverar que o juízo

²⁴¹ O paradigma normativista, da razoabilidade ou uma determinação coerentista – cada uma com o respectivo parâmetro – trabalham para afastar a análise psicologista para legitimar um entendimento universalizante do fenômeno da standardização. Ver HAACK, Susan. Legal probabilism: an epistemological dissent. In HAACK, Susan. *Evidence matters* (science, proof, and truth in the law). New York: Cambridge University Press, 2014, p. 52.

²⁴² TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª ed. 9ª tir. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 230.

²⁴³ GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. Trad. Margarethe de Goldschmidt; Ricardo C. Nuñez. 2ª ed. Buenos Aires: Julio César Faira – Editor, Bdef, 2007, p. 73.

de reprovação não está na cabeça do autor do fato criminoso, antes é produto de uma valoração que está na cabeça do juiz ao examinar o fato-crime e as respectivas circunstâncias objetivas. O sistema jurídico predispõe normas afirmativas de valores que previnem a desestruturação ocasionada por uma valoração ultrajada da prova enquanto fenômeno bruto. No caso do enunciado standard, é sobre a *gravidade do erro* que se pondera, havendo uma compensação ou prevenção por intermédio dos juízos afirmados a partir das dimensões da tutela dos direitos²⁴⁴.

O que importa é a valoração do objeto-erro. Erro contemplado como hipótese débil que, a depender da valoração da tridimensão da tutela (analisada no último capítulo), deve ser *distribuído* para gerar efeitos jurídicos e chegar a uma regra que defina o suficiente coeficiente da verdade (o grau de corroboração que pode reputar algo como provado). A graduação dos standards da prova deve ser elaborada por um esquema de compensação e condicionamento²⁴⁵ jurídico que pondera a *probabilidade X razoável possibilidade*. Uma metodologia que organiza normas para *unificar* o sistema e que afirma os valores como relevantes para a tendência de *universalização* da justiça²⁴⁶.

²⁴⁴ LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. Trad. Raúl Calvo Soler. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, ano 2005, p. 97. Laudan refere que a íntima convicção dos jurados não pode ser quantificada. Ele pontua a análise em termos da distribuição dos erros do julgamento na importância da função política dos enunciados standards, que é relativo a ponderar sobre qual inclinação da tutela que é socialmente aceitável ou menos aceitável para a distribuição dos erros de julgamento. Vale dizer que o critério jurídico por sobre o critério epistêmico é que pode ser sistematizado em termos de objetivação dos enunciados standards (avistado o truísmo da narrativa jurídica aparelhada por provas). Uma significativa proposta, ainda mais em se levando em conta que o próprio Laudan não se considera teórico ou filósofo do direito, mas um epistemólogo – o próprio cientista reclama a complementação de valores jurídicos para o alvitre apofântico.

²⁴⁵ O erro não é um direito – isso é óbvio. Em termos de compensação-prevenção, serve como analogia à teoria do balanço, deveras utilizada para ressaltar o efeito recíproco entre uma e outra grandeza jurídica. “A teoria do efeito recíproco informa que se deve constatar uma relação recíproca entre um direito que é restringido e a medida legal que o restringe. A ideia é que ambos se controlem mutuamente, evitando, assim, a prática de excessos em ambos os lados: a restrição incide sobre o direito, que por sua vez, a partir de seu significado fundamental, restringe a própria restrição”. Um esquema de autorrestrrição respeitosa. Ver DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 75.

²⁴⁶ Canaris, *Pensamento...*, cit., *passim*.

CAPÍTULO 3

A ciência como standard e a perícia como discurso

A denominada *prova pericial* realiza uma síntese entre a ciência e o processo²⁴⁷. Uma leitura apressada dos arts. 375²⁴⁸ e 156 do Código de Processo Civil permite inferir que ocorre uma indevida terceirização do trabalho do juiz na medida em que judiciário se escusaria de avançar na crítica sobre as questões científicas e técnicas. Isso encerra uma *meia-verdade*, considerando que o dispositivo reserva um espaço nuclear para a discussão da ciência entre os especialistas sem, contudo, elidir ou até mesmo incrementar o dever crítico a ser examinado pelos operadores da atividade judiciária²⁴⁹ (partes e juiz).

Fenômeno que pode ser visualizado na crescente *investida jurídica* sobre o método da *prova pericial* (vale dizer sobre o método da ciência), já que este reúne critérios passíveis de escrutínio pelos atores processuais tanto na verificação da correção da integridade (*compliance* das profissões) da *prova* como na decorrente verificação final acerca da eventual teratologia do resultado opinado. Na medida em que tudo gira para oferecer uma solução científica válida, não causa estranheza que a dogmática comente sobre a perícia *ao lado* da temática dos standards da prova: o caráter epistêmico da ciência que é inserida no processo encerra *uma margem de erro que a perícia subentende*. Com efeito, o perito efetua o seu trabalho oferecendo uma análise crítica na visão de determinada ciência para dentro do processo – fenômeno que possui carga epistêmica e mais uma peculiar carga *valorativa que decorre do respectivo domínio científico por parte do experto*. Finalmente, por sobre esse *juízo científico*

²⁴⁷ Bruno Cavallone refere que a prova científica não consiste em um *thema probandum*, “né una certa fonte o un certo mezzo di prova”. *Riflessioni sulla cultura della prova...*, cit., p. 977.

²⁴⁸ A máxima de experiência é uma espécie de cláusula de abertura que permite uma conclusão através da atividade inferencial. A relação entre direito e processo não deixa de reforçar essa linha de visada porque quando o processo é preenchido e condicionado *desde fora* pelas diretrizes do direito material, filosófica (nos termos da razão prática) e pragmaticamente quer dizer que o raciocínio busca fundamento naquilo que substancialmente está consolidado no sistema jurídico atual que regula as questões sociais. Ver NUNES, Anelise Coelho. Limites ao livre convencimento e à convicção condicionada. *Revista do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais Opinio Jure*, n. 8. Canoas: Ulbra, 1997, p. 28. O estado das coisas jurídicas e as necessidades do direito material são subentendidos pelo manuseio das máximas de experiência. Ver ALPA, Guido. *I Principi Generali*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2006, 109.

²⁴⁹ No tocante ao exame das questões científicas, até pela evolução dessa agenda nos Estados Unidos, o direito comum é paradigmático para toda a experiência jurídica do ocidente. TARUFFO, Michele. La aplicación de estándares científicos a las ciencias sociales y forenses. In VÁZQUEZ, Carmen (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica* (ensayos de epistemología jurídica). Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 204.

profissional, ainda haverá uma cobertura social-*corretiva* decorrente da *avaliação* judiciária.

É necessário apreender que partindo da *natureza* da perícia e do princípio nuclear firmado na confiabilidade da perícia imperioso pautar critérios que estruturam juscientificamente o método científico-pericial. Tais critérios se refletem em normas de sobredireito do Código de Processo Civil que permitem um debate que se desenvolve até o resultado opinativo. O caráter *imediatamente epistêmico* do teste pericial depende dessa margem de investigação – nos standards o caráter é imediatamente jurídico-político. Necessário ressaltar que a perícia também possui um caráter que é *mediatamente de política científica*, sendo decorrência de uma visão de contexto do objeto periciado e da natureza da perícia em si mesma (racionalidade da ciência de explicação *versus* ciência da compreensão que ensaiam o possível manuseio das diferentes amostragens). Fatores que se refletem na possível marcação escalonada de uma objetivação dos standards da prova, tendo em vista que a perícia como discurso que retrata a ciência empresta uma concepção de mundo no enfrentamento das margens compensatórias e limitadoras à decisão opinativa do perito, a depender de cada catálogo científico.

Michele Taruffo anuncia que “mesmo a pesquisa científica, que pode ser considerada como o modelo ideal de atividade epistêmica, pode encontrar limitações que derivam da necessidade de realizar valores aos quais se atribui prevalência, como aqueles que dizem respeito à dignidade e à liberdade do homem ou à tutela da vida. Então, o problema não é de se excluir em absoluto qualquer limite ou condicionamento à busca da verdade no âmbito do processo. Trata-se, mais do que isso, de valorar quais os limites e condicionamentos justificam-se e quais, ao invés disso, além de serem epistemologicamente contraindicados, são também carentes de justificação aceitável”²⁵⁰.

Assim como o discurso jurídico, a *opinião pericial é um caso especial do discurso prático racional* que se internaliza ao processo. Ou seja, a *ciência aparece como um standard* carregado de informações epistemicamente válidas e outras informações valorativamente úteis, mas que sofrem as limitações e compensações implicadas pela densidade processual. Nesse sentido que a perícia reúne tais constatações e as submete ao veredicto judiciário – o perito se vale do *laudo como uma*

²⁵⁰ *Uma simples verdade...*, cit., p. 162.

prova (ato ilocucionário) que propõe o acerto standardizado que determinado ramo da ciência elaborou.

1 Os dados e os meios de prova: a natureza metaprobatória da ciência

Um médico oftalmologista que apresenta algum problema cardíaco procura um hospital e será atendido como um paciente. Um juiz federal que se divorcia ajuíza a demanda na justiça estadual como qualquer jurisdicionado. O critério funcional ou teleológico atribui a posição jurídica aos sujeitos que passam a ter direitos, deveres, ônus e faculdades que ora são compatíveis com o desenvolvimento das peculiares pretensões.

No direito probatório, Deltan Dallagnol²⁵¹ assinala que algo “não é evidência em si próprio, mas quando tem uma <função representativa>.” O autor exemplifica que um pedaço de rocha é ainda um pedaço de rocha, mas a depender da hipótese no contexto da repercussão que se alvitra, esse objeto pode ser um sinal ou uma prova, ou ainda ser um mero fóssil. Deltan Dallagnol arremata que “o caráter relacional da prova mostra o equívoco que alguns cometem ao confundir evidência com <dados>. Schum, corretamente, distingue evidência e dados, os quais, por sua vez, são informações presumidas verdadeiras e são não raro usados para inferir conclusões. Contudo, não se pode supor que os infinitos dados ou informações disponíveis são evidência. Assim, a informação sobre a rota de um mundo distante não é uma evidência, por via de regra, para extrair conclusões quanto à autoria de um homicídio específico”.

A evidência é sempre considerada a favor ou contra a ratificação de uma hipótese de trabalho. Vale ressaltar que os dados e os meios de prova *não* são sinônimos. *Não* basta que o texto da legislação tipifique diversos meios de prova para automaticamente qualquer evento assumir a natureza de prova. A cláusula de *abertura* prevista no art. 369 do Código de Processo Civil também efetua um *fechamento* operativo desse conceito ao vincular funcionalmente o meio de prova enquanto um elemento sensível para resolver a demanda e influenciar na decisão do juiz.

A parte final do art. 369 do CPC assinala que o meio de prova deve “provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”. Assim, o critério *funcional* elabora a distinção, sendo que o meio

²⁵¹ Deltan Dallagnol, *As lógicas...*, cit., p. 23/4.

de prova deve impulsionar o raciocínio desde a hipótese até a conclusão, não se exigindo essa força relacional para a caracterização de um dado.

Um projétil e uma arma de fogo podem ser reputados dados, porque não são considerados meios de prova, quando é notório que o cadáver foi esfaqueado até a morte. O tacômetro de um caminhão é um mero dado, na medida em que não é meio de prova, quando não contribui para atestar se o condutor do veículo estava embriagado. A prova como argumento processualmente relevante serve para persuadir e para justificar, então, a marcação de dados que aparelham episódios *alheios* aos referenciais da demanda e da decisão *não* consistem em meios de provas – os dispositivos do código merecem essa interpretação sistemática.

A prova é *algo a mais* que um dado na medida em que depende da ligação juspragmática entre a demanda e a decisão. A distinção é significativa por dois motivos. Em primeiro lugar, para a dogmática que polariza o modelo demonstrativo e o modelo persuasivo da prova tudo deveria servir como demonstração ou persuasão, então se correria o risco de transformar um dado em prova demonstrativa, o que violaria o art. 369 do CPC e faria retroagir a concepção para um conceitualismo (estático). Em segundo lugar, se o perigo acontece na distinção dado-prova, uma desvirtuação da funcionalidade que parte de premissas essencialmente legisladas também pode afetar a funcionalidade da *ciência no processo* – caso o pensamento leve em conta somente modelos dicotômicos, a perícia passa a ser um evento sobreprobatório (uma *superprova* pelo discurso da assessoria do juiz), embora estrutural e funcionalmente ela apresente peculiaridades que lhe fazem transcender a ideia de mero dado ou de mera prova.

A ciência pode ser relevante ou não para o processo. Entretanto, quando ela assume a modulação de um standard opinativo exarado por um perito, o laudo pericial assume o caráter probatório. Por vezes, isso até pode ser denominado *metaprobatório por abarcar ponto nuclear que resolve a celeuma* (por exemplo, o teste de ADN), agora, não porque a perícia “vale mais” que outras provas – mas porque esse discurso que retrata a ciência é axiologicamente diferenciado, ele abarca o standard científico elaborado por um profissional.

Diogo Assumpção Rezende de Almeida²⁵² resume que a perícia pode ser considerada um meio de prova ou uma consulta em auxílio do juiz – a leitura isolada de artigos do Código de Processo Civil dispõe nesse sentido (em especial, o art. 156).

²⁵² ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A prova pericial no processo civil* (o controle da ciência e a escolha do perito). Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 60.

Porém, as normas de sobredireito²⁵³ que determinam o contraditório entre o experto e os assistentes técnicos²⁵⁴ na fase de formação da perícia, bem como a própria interpretação sistemática que distingue texto da lei e norma acabam por ressaltar a concepção dessa abalizada doutrina. O texto da lei se transforma em norma através de uma construção jurídica que reclama a implicação da Constituição e adequação ao sistema. Com efeito, a estrutura da produção científica tem um aporte que a diferencia quando comparada aos demais meios de prova tipificados no código de processo. Além da funcionalidade, para aferir a relação entre prova e demanda (art. 369), a ciência no processo reclama uma *substancialidade*, uma estrutura que de antemão deve ser ditada com base na respectiva ciência pela qual o perito está formado. Ou seja, a singela polarização entre dado ou prova não vale automaticamente para tipificar qualquer elemento científico como meio de prova.

A questão é referente ao sentido e à força da ciência que se reproduz na perícia. Um teste de ADN, um exame balístico, uma medição de engenharia, um cálculo de potência de energia e assim por diante calculam probabilidades ou confirmações no decorrer do processo. Esses eventos são limitados pelo tempo, urgência, natureza das partes e outras vicissitudes processuais. Daí que a ciência propõe um standard, uma regra de decisão que afirma a própria intensidade (sopesada ao percentual de erro) e será retratada no *discurso probatório concretizado pelo laudo pericial*.

Falando em critério teleológico, ainda, é preciso apreender que o art. 375 do Código de Processo Civil coloca a perícia como *opinião* limítrofe ao conhecimento judicial. Quer dizer que tanto em termos estruturais como funcionais a perícia se diferencia dos dados ou dos meios de prova tipificados. No Estado Constitucional, somente pelo fato de ser tipificada em texto de lei não significa que se lhe deve conferir um efeito demonstrativo. Afinal, na medida em que é muito delicado o escrutínio da perícia e tendo em vista as dúvidas e conclusões assinaladas no próprio interior do trabalho do perito, pelos assistentes técnicos, a perícia se trata de algo diferente da *prova leiga*, o que acaba por tangenciar essa maneira literal de classificar os institutos.

A perícia é diferente em sua formação, na estrutura em contraditório (prévio, concomitante ou diferido) e na funcionalidade, porque a ciência que ela

²⁵³ Artigos 371, 473, III, 477, §3º, 479 e 480, todos do Código de Processo Civil.

²⁵⁴ O contraditório tem o efeito constitutivo de ensejar uma conclusão, mas também tem o efeito exponencial de suscitar dúvidas antes não avistadas. Uma prova *tipificada* como pericial que possui em seu indelével bojo o contraditório não possui função unicamente demonstrativa tampouco unicamente função persuasiva – ela é algo a mais ou não é nada disso. Ver IRTI, Natalino. Dubbio e decisione. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LVI, n. 1, Gennaio-Marzo 2001, p.69.

repercute é um retrato da potencialidade que o profissionalismo extrajudicial poderia auferir – afinal, o processo limita e condiciona pontualmente a ciência com base em outros valores contraepistêmicos.

O problema não está somente em examinar a literalidade do código *acerca dos meios de prova* e pensar em um esquema terminológico. Necessário refletir que a elaboração da perícia é diferenciada quando cotejada às demais evidências e tendo em vista a programação sistemática do art. 369 do Código de Processo Civil.

Qual a consequência disso? Se o perito é auxiliar do juízo (art. 156) no sentido de arquetipicamente incorporar a jurisdição em seu trabalho, suas rubricas encerram o caráter demonstrativo da prova: sobre um dado X (sangue, saliva, tacômetro, digital, diagnóstico mental, capacidade laboral), um cientista ou técnico atribui um diagnóstico irrefutável e não escrutinável pelo contraditório²⁵⁵. *Isso não pode ser aceito.*

A perícia é um meio de prova? Se homologada singelamente essa impressão, pode acontecer da perícia ser uma sobreprova ou superprova (estar acima das demais). Ocorre que a metodologia e a conclusão científica até podem assumir um patamar de uma elaboração especializada, mas que somente por isso não estaria acima das demais impressões humanas (em documentos ou oralizadas) – o que acontece é que a ciência apresenta peculiares limitações e traz consigo os próprios condicionamentos chancelados no percentual de erro ou déficit de verdade que calcula.

O cientista também pode errar assim como uma testemunha pode errar. Uma atividade humana especializada, uma atividade elaborada por alguém diplomado não a remete ao caráter intangível como se fosse uma superprova. A peculiaridade é que a ciência inserida no processo é uma “parcela da ciência”, uma espécie de “retrato da

²⁵⁵ A prática do direito comum que aparentemente transforma o trabalho do perito em *testemunho qualificado* permitiu a formulação de critérios que possam ser escrutinados pelo juiz. Lembrando que se fala do perito eminentemente *profissional da ciência*. De outro lado, o direito continental se pautou na fiabilidade decorrente da escolha do perito. As duas modalidades precisam de controle antes, durante e depois da respectiva inserção no processo, porque o contraditório forte não pode encampar surpresas e o trabalho do perito fornece um *juízo científico*. A discricionariedade do juiz para escolher o perito no sistema continental não pode resolver *ex ante* o problema do resultado da perícia. Pelo contrário, a esse esquema deve ser renovada a mola propulsora do contraditório e todo o circuito de critérios para a tendência de perfectibilização do método científico. Não por acaso que o CPC brasileiro atual viabiliza que as partes escolham o perito – explicitando que não importa a questão terminológica da *assessoria*, mas a *força da metodologia da perícia enquanto prática racional (ou recorte científico)* que formula um *juízo crítico e científico*. Finalmente, o *tertium comparationis* merece ressalva porque o direito comum sabe lidar com a testemunha qualificada, não cabendo uma mera importação para, assim, passar a chamar o perito no Brasil como uma testemunha (qualquer). O que deve ser implementado é o mecanismo de controle do juízo científico – a nota de aproximação entre o regime do direito comum ao direito continental. Ver VERDE, Giovanni. Prove nuove. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXI, n. 1, gennaio-marzo/2006, p. 47.

ciência”, daí se falar que a *ciência no processo é um standard cuja ilustração está no discurso do perito* – o laudo se trata de ato ilocucionário por intermédio do qual o especialista se vale de elementos sensíveis conforme a respectiva ciência para propor um *juízo crítico* e o submeter ao magistrado. Em um segundo momento que o juiz formulará outra valoração sobre o laudo, vale dizer que realizará *um juízo do juízo*.

No regime do direito comum²⁵⁶, no qual o perito presta um testemunho, existe a tendência de considerar a perícia como meio de prova. Embora a prova pericial seja oral naquela tradição, ela é axiologicamente diferente do testemunho dos demais mortais, sendo que o *perito expressa um juízo ou uma decisão, uma opinião científica ou técnica* sobre dados ou provas que lhe são apresentadas. A ciência continua sendo um standard trazido ao processo pelo discurso do perito. Daí se falar que a *prova pericial*, a despeito da tradição jurídica, tem algo diferente dos demais meios de prova, pelo menos porque ela autorreferencia o percentual de erro.

A testemunha não refere que possui 50% de chances de estar errada. Porém, um laudo pericial pode relatar que existe 30% de chances de a metragem estar desconforme o esperado, existe um aporte técnico-inferencial que pode ser contestado por assistente técnico ou por outra perícia. Vale assinalar que a cultura americana tem a ciência entronizada em todas as suas repercussões sociais, razão pela qual se discute com mais propriedade as análises científicas, de uma maneira que os standards apresentados sejam naturalmente sindicáveis. A ciência é realmente *profissionalizada* nos laboratórios de conhecimento dos países desenvolvidos. Realidade que é diametralmente oposta ao cenário de improvisações *à brasileira*²⁵⁷, embora o Código de Processo Civil atual – se avistado na perspectiva da tutela dos direitos – tenha fornecido densidade normativa para implementar o controle sobre a prova científica.

O direito brasileiro ora abarcou o testemunho pericial ao lado da perícia escrita, alavancando em ambas a validação do contraditório na formação do *juízo científico*, conforme diversas normativas do Código de Processo Civil. Essa maneira de

²⁵⁶ Michele Taruffo, *A prova...*, cit., p. 89/90.

²⁵⁷ Notório que o perito brasileiro em geral pratica um segundo ou terceiro emprego. Diferente das práticas americanas, onde empresas especializadas ou profissionais pesquisadores trabalham especificamente com determinadas situações a serem esclarecidas judicialmente. Isso compromete a suposta “fiabilidade” desde a escolha do perito, porque na prática o perito se trata de um “empregado” (?) ou de um “prestador de serviços” que recebe por designação voluntarística do juiz – pior ainda quando a perícia é determinada pela Administração e *interna corporis* um perito escreve no laudo algo já implicitamente diagnosticado (ideologizado) por servidores hierarquicamente superiores. Queira ou não, ocorre uma situação de polarização. O importante é que a ciência é um standard inserido no processo – o laudo pericial se trata da ilocução desse retrato científico e pode ser desconstruído pelo contraditório material.

proceder toca ao formalismo processual, mas não quer dizer que a ciência brasileira se aproxima do avanço e do incentivo conferido às pesquisas americanas. Apenas estão superadas iminentes dificuldades e oclusões referentes à possibilidade de a ciência ser internalizada ao processo. Isso deve acontecer em número crescente, o que importa é ter presente que a ciência não é sinônima da verdade, ela repercute um standard e por conseguinte o laudo pericial retrata esse achado no processo.

O juízo crítico: o trabalho do perito é diferente de uma prova documental ou de um depoimento de testemunha. Somente em um segundo momento é que o juiz, ele mesmo, elabora o próprio *juízo* sobre o documento ou sobre a declaração da testemunha. Quer dizer que a perícia do terceiro milênio é um peculiar meio de prova, diferente da mera *assessoria* do juiz, tendo em vista que traz em si mesma um *juízo científico standardizado*. A *assessoria do juiz* não pode ser reputada como alguém inclinado ao juiz, dependente do juiz, embora o código expresse a terminologia da “confiança” do juízo. Pelo contrário, ainda que seja um perito concursado pela Administração ou catalogado em rol de peritos, a nota peculiar do perito é a estraneidade, a imparcialidade, a neutralidade²⁵⁸ e o aperfeiçoamento, denomine-se como quiser (a falta de interesse ou eventual intervenção no trabalho do perito²⁵⁹). Algo que somente pode ser fiscalizado com um regime de *compliance* que implique normas de controle de conformação aplicadas na gestão do trabalho dos profissionais que podem desempenhar a tarefa²⁶⁰.

A natureza jurídica de prova pode ser conferida ao *laudo pericial*.

²⁵⁸ Michele Taruffo, *A prova...*, cit., p. 89 e 91. A credibilidade do perito está diretamente relacionada ao *compliance* e ao preparo técnico do profissional perante os órgãos de controle da classe. Isso permitiu uma abertura quanto à nomeação do perito, pois o CPC adotou um regime similar ao utilizado na Espanha, com a possibilidade de o perito ser nomeado pelo juiz ou ser escolhido pelas partes, para além da presença dos assistentes técnicos. No regime do direito comum, o perito sempre teve uma tendência de profissional contratado para defender o interesse da parte contratante, embora a Inglaterra, desde 1999, tenha estabelecido um sistema de controle e nomeação de peritos que significativamente engessou a contratação de perito como um agenciador do interesse das partes.

²⁵⁹ Todos os atores processuais devem atuar com senso de responsabilidade, embora os sujeitos parciais tenham interesses na solução da demanda em seu favor. Daí que os comandos dispositivos ou inquisitos, que outrora vigoravam até para uma *sporting theory of justice*, cedem espaço para uma postura de civilidade do juiz e do perito que devem se conduzir por intermédio do alvitre da reconstrução justa dos fatos e sobretudo garantindo que as partes intervenham na solução das descobertas do fluxo de conhecimento. Ver VIDIRI, Guido. Giusto processo, accertamento della verità materiale e <imparzialità> del giudice. *Rivista di Diritto Processuale*. Minalo: Cedam, anno, LXVII (Seconda Serie), n. 6, Nov-dec 2012, p. 1557, 1559, 1565.

²⁶⁰ Quanto ao *compliance*, vale a referência ao Decreto 8.420-2015, que estabelece: art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

A peculiaridade é que a ciência retratada no laudo consiste em um standard cuja *intensidade varia conforme a margem de erro* pontuada pelos especialistas. Isso não transforma a perícia em uma sobreprova tampouco em uma prova de menor importância, ela é simplesmente (ôntica e axiologicamente) diferente. Além dessa análise conteudista, a confiabilidade no perito designado somente ganha consistência prelibatória quando estruturada em fatores de profissionalismo (titulação e *compliance*) e embasamento metodológico do trabalho desempenhado (método snidicável por intermédio de critérios a seguir examinados) – finalmente, situações processuais também acabam sendo epistemicamente confirmatórias da validação da prova como, por exemplo, o respeito ao contraditório forte para com os assistentes técnicos das partes.

A ciência internalizada ao processo (standard) se trata de construção cultural devedora da racionalidade e de aporte *valorativo* peculiar – esse standard pode ser recortado em laudo probatório que em um segundo momento consiste em um *discurso* que será valorado pelo judiciário.

2 Os critérios que estruturam o método pericial recepcionados pelo direito brasileiro

A manutenção positiva do perito como assistente do juiz (arts. 149 e 156) e que produz um meio de prova (art. 464), talvez pode colaborar para a mitificação da perícia como algo intocável pelo julgador. Isso remeteria a opinião do perito a uma delegação imprópria do julgamento, porque o direito brasileiro se preocuparia mais com a seleção dos peritos em detrimento de incrementar a possibilidade do escrutínio de critérios que abalizam um método científico válido com o qual eles trabalham.

Essa maneira de observar as coisas faz com que a ciência seja aquilo que o juiz delega ao perito e na contrapartida aquilo que tal *assistente* elabora como sendo a perícia (uma leitura ao contrário do art. 375 do CPC). Um hiperciclo sem pormenor juízo crítico que se reflete em motivações que *não* aprofundam sobre a *estrutura do método científico*, sobre questões de *compliance* tampouco questiona princípios ou soluções teratológicas eventualmente opinadas em laudo pericial. Na literalidade, portanto, os comandos positivos implicam uma visão meramente *conceitual* sobre a perícia, o que é deveras ultrapassado e sobretudo materialmente perigoso.

No Estado Constitucional, uma linhagem *estrutural* e *funcional* que deriva do processo justo deve pressupor a natureza e o alcance dos institutos. Logo, a eleição do perito deve ser diretamente ligada ao possível escrutínio dos critérios referentes ao método²⁶¹ que ele utiliza – a ciência embora com limites sistematizados por outros valores processuais é coisa séria. Em direito americano, o perito é escolhido pelas partes, quer dizer, uma razão a mais que contribuiu para a jurisprudência elaborar critérios para o controle do *juízo de valor* formulado pelo perito. Uma contrabalança é avistada: maior proximidade do interesse na nomeação, maior necessidade de controle judicial²⁶².

O fundamento do escrutínio *não* permanece nessa peculiaridade, possui um embasamento cultural – e funcional (a tutela do direito como polo metodológico do processo). Inclusive, porque o atual Código de Processo Civil determina o contraditório no decorrer da perícia, antes, durante e depois da formulação do laudo, o que também chancela o dever de escrutinar os critérios que estruturam a metodologia do trabalho científico. Além disso, o direito brasileiro também permite que as partes escolham os peritos (art. 471). Então, a perícia *não* é uma sobreprova intocável, mas um discurso especial²⁶³ que reproduz o *juízo científico* que reclama uma dupla ordem de valoração – valoração por parte do perito quando ele formula a respectiva *opinião* e valoração por parte do juiz quando ele analisa a regularidade dos critérios que pautam o método utilizado. A crítica ao método pericial é mais cultural que devedora de dispositivo de lei.

A tese de Robert Alexy²⁶⁴ que caracteriza a argumentação jurídica como caso especial do discurso prático racional também vale para justificar a *especialidade* do discurso científico pertinente a cada ciência e reproduzida no *laudo escrito*. Assim, a experiência universalizada não mais permite a manutenção de um autêntico ostracismo judiciário interdisciplinar, pois os discursos jurídico e científico se *intercomunicam* – todos com a pretensão de correção que lhes é peculiar para a solução de casos práticos (o problema apresentado no processo).

O direito norteamericano fornece enunciados para o controle da perícia através de casos líderes desenvolvidos ao largo do século XX e que foram encampados

²⁶¹ Diogo Assumpção Rezende de Almeida, *A prova pericial...*, cit., p. 78.

²⁶² O fundamento da especulação judiciária sobre o trabalho do perito não é simplista. Óbvio que fatores culturais influenciam, tendo em vista a especialização e a valorização profissionalizante dos cientistas no ambiente norte americano, algo muito diferente do que acontece no Brasil.

²⁶³ O laudo pericial é um caso especial de discurso prático, em primeiro lugar, porque reproduz uma opinião científica, em segundo lugar, porque serve para a resolução da dúvida ou dilema processual.

²⁶⁴ *Teoria da argumentação...*, cit., *passim*.

pela legislação de regência daquele país. Inclusive, tais critérios foram recepcionados pelo Supremo Tribunal Federal no voto-vista do Ministro Luiz Fux no RE 363.889-DF (DJ 15/12/11).

A vanguarda americana é compreensível pelo notório incentivo em termos de produção científica e de preparo tecnológico naquele projeto estatal. Além disso, a peculiaridade de os peritos no regime adversarial serem nomeados pelas partes sempre lhes retirou a sobrenatural *razão da autoridade* para privilegiar a *autoridade da razão* – algo que o Código de Processo Civil brasileiro promissoramente tenta se aproximar reforçando a presença de assistentes técnicos²⁶⁵ junto ao perito oficial e também com a possibilidade de nomeação de peritos pelas próprias partes. A redescoberta do contraditório, por intermédio da necessária oportunização de nomeação de assistente técnico, desde a formação até ao enfrentamento do conteúdo metódico na valoração da perícia, assinala um avanço em termos de sindicabilidade do laudo pericial. Daí que a vivência americana é ressaltada por fornecer uma sistematização de critérios para a *admissão-formação* e para a *valoração* da perícia, agora também aplicável no cenário brasileiro (seja pela sintonia do Código de Processo Civil atual que o modelo cooperativo aproxima ao regime adversarial, bem como pela importante decisão do Supremo Tribunal Federal no avanço de pautar critérios estruturantes do método da ciência internalizada ao processo).

No caso Frye²⁶⁶ v. U. S (1923) se discutia a admissão do emprego de um detector de mentiras em processo judicial. O teste partia de uma técnica de análise da pressão sistólica do sujeito que durante o depoimento sofreria modificações conforme sinais emocionais ou situação de humor. A partir dessa observação o teste seria capaz de aferir a veracidade do depoimento. Um testagem dessa espécie não diverge muito da hipnose ou de técnicas quiçá contingenciais das reações humanas, razão pela qual embora os juízes de primeiro grau admitissem a prova, em grau recursal ela foi rejeitada, na alegação que a ciência a ser admitida no processo deve atender a um *critério objetivo* que seria o da aceitação geral pelos pares, pesquisadores, especialistas, cientistas, enfim, estudiosos ou profissionais dessa área de conhecimento – sendo que a

²⁶⁵ A dispensa da ultrajada necessidade do “juramento” ou “compromisso oficial” do perito do juízo (ou dos assistentes técnicos) assinala a preocupação com a apresentação de um discurso (laudo) o mais próximo o possível do standard (ciência) a ser retratada no processo. Diferentemente da salvaguarda da razão da autoridade, em tempos nos quais a tutela dos direitos está no centro da teoria e da prática processual, o valor verdade faz primar pela autoridade da razão – como chegar da melhor forma a uma ciência que avança diuturnamente (através da metodologia do contraditório e sem uma hierarquia infundada entre perito oficial e assistentes técnicos).

²⁶⁶ Ver http://www.daubertontheweb.com/frye_opinion.htm, acesso em 19/11/2019.

hipnose ou alterações pontuais do humor não estava ratificada enquanto reações fidedignas pela comunidade científica.

A aparente simplicidade do caso Frye (evidentemente complexo para o ano de 1923) permite organizar duas percepções: a racionalidade que o critério da aceitação geral encerra é meramente *conceitual*, portanto, o eventual controle da admissão da perícia é pela ratificação de um critério unitário. A singeleza tem seus custos, porque conforme assinala Danilo Knijnik²⁶⁷, o critério único enseja críticas que não permitem a sustentação desse modelo. Com efeito, o teste Frye privilegia as corporações do saber por se tratar de um vacilo hermético que é compreensível ao tempo em que fora elaborado. As conclusões regidas pela aceitação geral são remetidas a uma verdade quase absoluta (como se fosse possível o atingimento dessa generalidade em ciência), pois o *critério único da aceitação geral repudia a novidade*, tendo em vista que é um critério que não permite a chegada de novos paradigmas científicos. Alias, essa mesma razão que colaborou para que o teste Frye perdurasse por quase um século também é motivo que assenta o indelével imperativo da evolução científica que sempre necessita de novos parâmetros, fenômeno pelo qual o teste Frye já foi sendo superado pela própria positivação de normas processuais sobre a prova pericial.

Essas mesmas críticas podem atacar a condição da perícia como sobreprova no direito brasileiro. Um perfil cultural que não se sustenta na pós-modernidade, embora o claudicante avanço científico brasileiro seja muito devedor da escalada tecnológica americana. Agora, uma coisa é a produção de uma ciência fiável, outra coisa é a possibilidade de escrutinar a ciência brasileira, ainda que em rudimentar espaço de profissionalização.

O caso Frye foi julgado por corte estadual, mas ensejou a elaboração de normas processuais em nível federal (as *Federal Rules of Evidence*). Elas não diretamente se reportam ao critério da aceitação geral, porém se falou sobre a relevância da prova para ser admitida no processo nas *Rules* 401, 402 e 403²⁶⁸. Em especial, o

²⁶⁷ KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial* (e seu controle no direito processual brasileiro). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 39/40. O teste Frye dificulta a evolução científica na medida em que o critério da aceitação geral pautava uma verdade que permanece no tempo, bem ao contrário da dinâmica inerente aos tempos contemporâneos.

²⁶⁸ Rule 401. Test for Relevant Evidence

Evidence is relevant if:

(a) it has any tendency to make a fact more or less probable than it would be without the evidence; and
(b) the fact is of consequence in determining the action.

Rule 402. General Admissibility of Relevant Evidence

Primary tabs

Relevant evidence is admissible unless any of the following provides otherwise:

último dispositivo citado (403) determina uma ponderação entre os riscos que uma prova pode causar, devendo ser sopesada no caso concreto (proporcionalidade em sentido estrito).

Isso chega a tocar a relevância e no critério da suficiência da prova, inclusive, para a marcação do standard da prova. Por ora, o principal aporte das FRE ocorreu no ano de 2000, com a *Rule 702*²⁶⁹, que estabeleceu um regime de confiabilidade (*reliability*) para a prova pericial. Lembrando que a participação do perito no processo do direito comum é na modalidade oral (*expert witness*) e para tanto a opinião científica deve pressupor a fiabilidade – nota associada a todos os critérios da metodologia do caso *Daubert*²⁷⁰ v. *Merrel Dow Pharmaceuticals Inc.*, julgado em 1993, em nível federal, portanto, anos antes da positivação dessa *Rule*.

A confiabilidade é autêntico princípio ou pressuposto que sobrepaira todos os demais fatores do método científico. A confiabilidade²⁷¹ é propedêutica, os critérios que ela abaliza são fatores-meio e o resultado final esperado é aquilo que a ciência busca incessantemente – a diminuição da *margem de erro* (manutenção provisória da verificabilidade) ou uma pretensão de correção de determinada maneira de observar algum fenômeno do mundo.

the United States Constitution;

a federal statute;

these rules; or

other rules prescribed by the Supreme Court.

Irrelevant evidence is not admissible.

Rule 403. Excluding Relevant Evidence for Prejudice, Confusion, Waste of Time, or Other Reasons

The court may exclude relevant evidence if its probative value is substantially outweighed by a danger of one or more of the following: unfair prejudice, confusing the issues, misleading the jury, undue delay, wasting time, or needlessly presenting cumulative evidence.

²⁶⁹ Rule 702. Testimony by Expert Witnesses

Primary tabs

A witness who is qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education may testify in the form of an opinion or otherwise if:

(a) the expert's scientific, technical, or other specialized knowledge will help the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue;

(b) the testimony is based on sufficient facts or data;

(c) the testimony is the product of reliable principles and methods; and

(d) the expert has reliably applied the principles and methods to the facts of the case.

²⁷⁰ Ver <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/509/579.html>, acesso 19/11/19.

²⁷¹ A confiabilidade é o contrário da conjectura, pelo referencial teórico da Karl Popper. Na prática se trata na possibilidade de um experimento ser feito e ser atingida uma mesma solução ou uma conclusão semelhante. A conjectura consiste em uma operação que salta aodadamente da premissa para conclusões genéricas. A amostragem é deficitária porque embasada em poucas observações. Quer dizer que se trata de um episódio generalista e sujeita a refutações empíricas a lhe falsearem a validade. De outro lado, a fiabilidade é uma característica que permite o refazimento do teste e o atingimento do mesmo ou de similar resultado. Ver POPPER, Karl R. *Conjecturas e refutações* (o progresso do conhecimento científico). Trad. Sérgio Bath. 2ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, p. 83.

No caso Daubert, a demanda foi ajuizada por recém-nascidos e seus familiares contra laboratório farmacêutico, considerando que as crianças nasceram com formação deficiente que seria decorrente da ingestão do medicamento denominado *Bendectin*. O fato controvertido era identificar o nexo de causalidade entre a patologia apresentada e os efeitos do remédio, situação que ensejava a produção do teste científico. Os peritos nomeados pelos autores indicaram que havia o nexo de causalidade entre fato e dano, na medida em que os testes realizados em animais confirmaram a repercussão indesejada do fármaco. De outro lado, os peritos da empresa suscitaram o critério da *aceitação geral*, alegando que nenhum estudo sobre o *Bendectin* em seres humanos aventou a possibilidade de a droga ensejar os referidos malefícios. Justamente, o dilema da não evolução da ciência, da corporação do saber e da imposição de uma verdade inamovível, então, estava na pauta da Suprema Corte – uma revisão do conceitualismo do teste Frye.

Somente o requisito da aceitação geral não seria mais capaz de afastar fórmulas arquetípicas de *junk science*, antecipadas pela racionalidade Frye. Com efeito, toda a ciência é datada, daí ser necessário reformular os critérios que substancializam uma metodologia válida no diálogo interdisciplinar entre ciência e processo.

Nesse sentido que o precedente Daubert estabeleceu pelo menos quatro critérios flexíveis e aparentemente exemplificativos que encerram o método de trabalho que *reputa um teste como científico* a ser internalizado ao processo: (a) a possibilidade de teste e a falseabilidade da teoria ou método, com base nos referenciais teóricos de Carl Hempel e Karl Popper; (b) a publicação do achado dentre os pares em revista ou ensaio especializado; (c) a indicação do percentual de erro; (d) a aceitação geral da teoria ou método entre os estudiosos da área de conhecimento. Vale dizer que a racionalidade *conceitual* e o controle de ratificação corporativa do caso Frye foram encampados, mas sobretudo *superados* por uma *racionalidade funcional-estruturante* que encerra múltiplos critérios e tem como pressuposto a *confiabilidade* na precisão científica – tudo para o mister de *afastar a falsa ciência e que a ciência no processo seja um standard o mais próximo possível da verdadeira ciência*.

O critério do teste e da falsificação abarca duas impositões teóricas festejadas no quadrante da pesquisa científica. O proposicionismo de Carl Hempel trata de hipóteses que implicam por indução na possibilidade da ocorrência de eventos, um

sentido proativo do teste. De outro lado, Karl Popper²⁷² considera a questão do falseamento como critério peculiar à ciência, quer dizer que os fatos negativos que possivelmente desmentem a base indutiva é que legitimam uma *testagem como científica*, exercício que o autor denomina de corroboração *versus* refutação ou contraposição. A publicação em veículos científicos vai ao encontro da aceitação geral e não deixa a descoberto o critério consagrado no caso Frye. Nesse ponto, conferiu-se uma continuidade ao advento da ciência que se aperfeiçou com a inclusão de novos critérios a uma metodologia. Possível falar em uma “evolução de enfoques”²⁷³ desde Frye a Daubert.

Finalmente, a questão de apontar o percentual do erro assume racional importância, tendo em vista que confere transparência a uma epistemologia literalmente de risco, ou melhor, quanto ao possível falseamento da ciência conforme o casuísmo e as amostragens empregadas, o que não insere a perícia em uma contradição em si mesma e praticamente é o *fio condutor* que resulta no avanço científico – ainda mais em se considerando as limitações científicas decorrentes dos valores inerentes ao processo judiciário. O cálculo do erro se vale do referencial da corroboração de Popper e não deixa de manter o paradigma achado em um limite daquilo que Thomas Kuhn²⁷⁴ reputa como a incomensurabilidade científica demandada para a própria evolução dos postulados.

No caso *Robert Joiner v. General Electric Company*²⁷⁵ (datado em 1997) o demandante trabalhava como eletricista e mantinha contato com um fluido que posteriormente foi reconhecido como tóxico. A prova pericial do autor defendeu o nexo de causalidade entre o produto utilizado pela empresa e o câncer pulmonar contraído pelo paciente, sendo que o tribunal de primeiro grau não admitiu essa *expert witness*. De outro lado, a Suprema Corte reformou o entendimento e admitiu a produção da prova, daí conferindo o papel de *gatekeeper* ao juiz togado que deve garantir que a prova além de relevante deva ser confiável, ratificando a propedêutica da fiabilidade. O juiz como

²⁷² A *Lógica da pesquisa científica...*, cit., p. 41.

²⁷³ Danilo Knijnik, *Prova pericial...*, cit., p. 64.

²⁷⁴ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 13ª edição traduzida. São Paulo: Perspectiva, 2018, p. 63. A incomensurabilidade de alguns enunciados científicos proporciona que determinadas maneiras de formular resultados podem ser aplicados a um ou a outro campo do conhecimento. Assim, a analogia da decisão judicial a uma decisão médica não ocorre por acaso já que o diagnóstico-prognóstico analisa uma amostragem válida, elabora um juízo e sempre leva em conta o consequencialismo (razoavelmente) alvitado.

²⁷⁵ Ver <https://caselaw.findlaw.com/us-11th-circuit/1313008.html>, acesso 19/11/19.

gestor da *produção* e da *valoração* da prova pericial ficou assentado nesse precedente, incrementando a responsabilidade do magistrado na operação da ciência no processo²⁷⁶.

No caso Kumho²⁷⁷ Tire Co. Ltd. et. al. v. Patrick Carmichael et al. se discutia sobre a responsabilidade do fabricante após a explosão de um pneu de um veículo em movimento que ocasionou a morte de um tripulante. O perito contratado se valeu da utilização de uma técnica não científica, mas que foi admitida pela Suprema Corte que ainda ressaltou que os critérios do teste Daubert podem ser aplicados de forma alternada, quer dizer, *não* simultânea, sempre tendo como pressuposto o princípio da confiabilidade da prova produzida – prova de caráter *técnico* e por ora não científico (que acabaram equiparadas na prática brasileira nos termos do art. 375 do CPC). Na prática, a matriz da técnica parece abarcar o campo de especialização científico, na medida em que tudo o que não pertence ao senso comum deve se valer de uma “regra de experiência técnica ou científica”, portanto, uma regra que transcende a experiência comum.

Levando em conta as FRE que positivaram os fatores relativos ao testemunho do perito especializado ao largo do tempo, bem como sopesando as pautas do controle adjudicadas pelos referidos precedentes, a dogmática concluiu que os critérios encerrados na metodologia que estrutura a perícia possuem um caráter *aberto*, *flexível* e *exemplificativo* dos fatores Daubert. Dialogando com vasta doutrina e precedentes, Danilo Knijnik²⁷⁸ assinala que tais critérios são multifatoriais e cada qual não pode ser aferido rigidamente, embora sejam juridicamente escrutináveis tanto para a *admissão* quanto para a *valoração* da prova pericial em direito brasileiro. O fundamental é conglobar os fatores compatíveis para que o método pericial seja consistente.

Nesse sentido que o autor sistematiza a questão do cabimento da prova pericial, na perspectiva da relevância da opinião do perito para a solução da demanda, a testabilidade e a falseabilidade da tese que lhe atribui a condição de cientificidade (conforme os referenciais lógico-filosóficos da indução e da corroboração com base em Hempel e Popper), a impositação da margem de erro suscitada como um coeficiente epistemológico, a manutenção da revisão pelos pares enquanto uma supervivência do

²⁷⁶ No direito comum praticamente se fala na “admissão” da prova – tendo em vista que o julgamento deliberatório seria remetido ao júri (nos primórdios do *duplo trial*). Em direito continental é preciso ter em mente a responsabilidade do magistrado na formação e também (em especial) na valoração da prova.

²⁷⁷ Ver <https://www.nixonpeabody.com/ideas/articles/1999/03/23/admissibility-of-expert-testimony-kumho-tire-co-ltd-et-al-v-carmichael-et-al>, acesso 19/11/19.

²⁷⁸ *Prova Pericial...*, cit., p. 90/3.

teste Frye, sendo que tudo isso deve ser verticalizado pelo supedâneo propedêutico e ao mesmo tempo considerado pelo escopo da confiabilidade – a pedra de toque que ratifica a relevância da prova (nota prevista nas FRE). Afinal, a *confiabilidade é uma mais-valia da probabilidade e da confirmação* e tende a afastar a mera conjectura, o subjetivismo ou o intuicionismo que seriam meros palpites descurados de embasamento criterioso que é típico do respaldo científico ou técnico.

O Código de Processo Civil aparentemente teria adotado o modelo da aceitação geral como critério para categorizar a perícia (art. 473, III), o que ensejaria um retrocesso no sentido de delegar ao experto a prática da admissão e da própria valoração da prova. A inquietação não pode desprezar que o *caso Daubert* *chancelou a aceitação geral como apenas um, dentre outros critérios, a serem examinados pelo juiz*, para em primeiro lugar determinar se o conhecimento reflete a ciência e, em segundo lugar, se a metodologia que encerra os critérios efetivamente estrutura uma *boa ciência* cujo resultado pode ser utilizado no processo.

O tráfego de uma racionalidade *conceitual* para uma racionalidade *funcional* alavanca o juiz ao papel de *gatekeeper* que julga o método pericial como uma estrutura que em caso de aptidão torna o discurso prático especial do perito como um discurso válido a produzir efeitos no processo. A tomada de posição do Código de Processo Civil pode parecer confusa, mas Danilo Knijnik²⁷⁹ alerta para uma ponderação sistemática da lei, porque “a antinomia entre o art. 473, III (a sugerir a incorporação da metodologia *Frye*) e o art. 479 (a sugerir o encargo de verificar os fatores *Daubert*) é apenas aparente: do cotejo desses dispositivos surge o caráter meramente exemplificativo do primeiro, revelando, quiçá, certa preferência do legislador, a exigir, quando muito, maior reforço argumentativo quando abandonado o critério da aceitação geral em prol de outras metodologias”. Vale dizer que o juiz deve afastar a pseudociência e guarnecer a consistência do método com base nos critérios exemplificativos comentados desde o caso *Daubert*, para então se valer do resultado da opinião do perito *sem descurar de uma valoração crítica da metodologia utilizada*.

O cerne da questão é a valoração que o juiz brasileiro pode efetuar sobre os termos da perícia. Levando em conta a literalidade do art. 375 do Código de Processo Civil, o expediente técnico seria quase intocável, mas passível de ser confrontado pelo contraditório dos assistentes técnicos e pela necessidade de uma segunda ou terceira

²⁷⁹ *Prova pericial...*, cit., p. 94.

perícia. De fato, os assistentes técnicos é que falam a linguagem especial do perito. Um discurso especializado deve ser contraditado por outro discurso especial de paritária envergadura. A máxima doutrinariamente consagrada que o juiz não pode ser *aprendiz de feiticheiro* a ponto de adentrar no espectro reservado ao cientista realmente deve ser respeitada, mas repensada no sentido de conceder, ao juiz, o poder-dever de fortalecer o contraditório material. Porque o resultado da perícia não pode ser adotado religiosamente como uma abreviação da motivação ou como uma indevida delegação da jurisdição ao perito – experiência que infelizmente acontece em diversas oportunidades em uma jurisdição massificada.

Importante ressaltar que o caminho percorrido pelo método influencia no resultado²⁸⁰ da perícia. Daí que avaliar criticamente os fatores encerrados na metodologia em alguma medida acabam por *impor condicionamentos ao resultado da perícia*. Até porque uma segunda ou terceira avaliação não seria oportunizada se o juiz não estivesse firme no escrutínio do método alavancado. Ademais, questões como a teratologia do resultado, quando *confrontado a todo o cenário de contexto*, pode ensejar caso de refutação da perícia²⁸¹. Assim como questões de indevida utilização da técnica ou imprópria conservação do objeto também motivam uma ampliação da margem de erro geralmente *não* confessada pelo perito²⁸².

²⁸⁰ O que não se admite é a substituição da perícia por fatores pessoais do conhecimento do juiz ou por elementos trazidos ao processo ao arrepio do contraditório (como a pesquisa obtida na internet). A ciência não pode ser dispensada em privilégio de conjecturas superficiais e assistemáticas. Daí a importância do trabalho dos *assistentes técnicos* que elaboram discurso passível de confrontar o laudo pericial. Ver MARTINS, Samir José Caetano. Livre convencimento, racionalidade e controle da prova pericial. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 115, out/2012, p. 112.

²⁸¹ O mundo real existe. Se uma perícia refere que um sujeito tetraplégico tem condições de trabalhar e não merece aposentação é algo que chama a atenção pela teratologia. Assim como o fator da “passagem do tempo” pode fulminar algum diagnóstico açodado – por exemplo, a Administração nomeia algum perito “interna corporis” para uma justificação de insanidade mental, sendo que passado pouco tempo o sujeito não apresenta nenhuma sintomatologia ou comportamento conjecturado no discurso do laudo. O tempo é medida real implacável que pode desnaturar a fiabilidade de qualquer diagnóstico.

²⁸² Danilo Knijnik, *Prova pericial...*, cit., p. 101/2. O autor defende o contraditório forte na formação e na avaliação da prova pericial. Contudo, segundo o autor, parece que sobre o resultado da perícia não deve ocorrer intervenção judicial se relegando o controle para uma discricção judicial, para resolver entre os resultados das diversas perícias que podem se suceder. O que na prática até poderia ser solucionado com ressalva ao art. 375 do CPC, quando o juiz é deveras instruído sobre os critérios que ilustram o método pericial. Ou seja, entendido o *checklist* que Danilo Knijnik sugere, parece possível um certo avanço sobre o resultado da perícia, ainda que tal interferência seja indireta (se mexer no método da perícia acaba repercutindo no resultado). Sem falar que os comentários sobre a má utilização da técnica e a própria questão do *compliance*, enfim, guarnecem um avanço do guardião da prova sobre essa totalidade fiscalizatória (da admissão à valoração), evidentemente que com o ônus argumentativo incrementado – está presente um panorama que permite a valoração do resultado da perícia para evitar soluções teratológicas, ainda mais em perícias que tocam a rotina das pessoas (perícias menos refinadas tecnologicamente). Além disso, o autor assinala a revalorização do trabalho dos assistentes técnicos e a importância da aferição de resultados por intermédio da metodologia do contraditório entre os especialistas.

O controle da técnica pericial reclama o atendimento a um programa de integridade empregável às categorias profissionais: a questão do *compliance*. A perícia efetua a síntese entre ciência e processo, mas não obscurece o dever de ilustração dos profissionais que laboram para atingir os resultados postulados. Como hoje o perito pode ser escolhido pelas partes ou pelo juiz, a confiabilidade na perícia é compromissada com um modelo de formação do profissional através de protocolos e padrões fixados pelos conselhos profissionais que divulgam o próprio estado da arte nos ramos científicos mais propalados, assim como pela densificação dos critérios da metodologia. Finalmente, o confronto entre laudos (mais de uma perícia ou no cotejo às conclusões do assistente técnico) fornece um arsenal discursivo que merece atenção redobrada em nome do direito fundamental à prova que decorre do contraditório material.

O regime atualmente denominado *compliance* é oriundo da tradução de “to comply” que significa cumprir, satisfazer ou realizar uma ação imposta e consiste no controle da conformidade da profissão desempenhada. Trata-se do atendimento das regras ou padrões de conduta que estejam previstos *desde dentro* das estruturas corporativas. Daí se falar em programa de integridade que reúne normas e vincula estrutural e funcionalmente o trabalho dos profissionais aos respectivos códigos de ética, conferindo previsibilidade e calculabilidade aos deslocamentos operativos. É um instrumento de política pública²⁸³ para programar a própria gestão judiciária conforme a licitude, com o decorrente afastamento de possíveis desvios administrativos ou econômicos no trato da Administração Judiciária.

Desde o momento em que positivado o princípio da eficiência (art. 37 da Constituição) no trato das questões públicas, o Estado é devedor dessa imposição. Embora a festejada Lei 12.846/13 assinale uma preocupação no combate à corrupção no seio de empresas (salientando o caráter econômico da questão), imperiosa uma hermenêutica coerente com a amplitude constitucional e com a própria sistemática jurídica que predispõe regulamentos como a Lei da Ação Popular (Lei 4.717/54), a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), a Lei da Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), a Lei de Licitações (vide art. 87 da Lei 8.666/93), bem como a Lei do Servidor Público (Lei 8.112/90), dentre outras, sendo que todas essas organizam ferramentas de integridade no desempenho da atividade que sempre está ligada a gastos

²⁸³ SOUZA, Renee do Ó. O *compliance* como instrumento de política pública de combate à corrupção. *RBDP*, n. 58, jul/set 2017, p. 196.

de recursos públicos e incremento de um perfil gestor – ainda mais considerando a natureza pública do processo e a regra de sobredireito prevista no art. 41 do Decreto 8.420-2015.

O *compliance* não fica restrito a um movimento de *law and economics* tampouco ao pacto da *critical legal studies*, antes ele reflete uma frente para racionalização²⁸⁴ prática em gestão pública no sentido amplo (incluindo a gestão judiciária) – melhor falar em *gestão das profissões e do profissionalismo*, o que é pervasivo a todos os campos de atuação técnica e científica. Interfere em hipóteses *interna corporis* bem como nas manifestações externas da Administração Pública, ainda que seja em termos de Administração direta ou indireta²⁸⁵. Ponderado que a confiabilidade na experiência pericial possui carga propedêutica e tendo em vista que os fatores que abalizam critérios encerrados em uma metodologia está coligada à isenção do subjetivismo ou intuicionismo do perito, impende considerar que o programa de *compliance* é necessário para o melhor respeito da perícia e sobretudo da tecnologia. Isso tudo resulta em uma viabilidade que de alguma forma permite *criticar o resultado* da perícia, pelo menos de maneira reversa, através da comparação e do eventual falseamento que a margem do erro de antemão alerta, desde o programa peculiar a cada profissão.

Segundo Thomas Kuhn²⁸⁶, a proatividade científica não tem a pretensão de chegar a uma verdade absoluta, mas procura aportar *novas visões de mundo*. O esquema que pressupõe *teste-falseamento* por Karl Popper²⁸⁷ assinala que é cientificamente mais plausível graduar o que ainda não se obteve, ao invés de

²⁸⁴ FISS, Owen. *A morte do direito? Direito como razão pública* (processo, jurisdição e sociedade). 2ª ed. Coord. da Trad. Carlos Alberto de Salles. Curitiba: Juruá, 2017, p. 285.

²⁸⁵ SILVEIRA, Daniel Barile; SILVA, Tiago Nunes da. Algumas reflexões sobre aplicabilidade da Lei 12.846/13 (Lei Anticorrupção) em relação às empresas estatais. *Interesse Público*, n. 103, p. 131/2. Evidente que algumas sanções previstas na legislação não se aplicam a todas e quaisquer empresas que desenvolvem atividade econômica ou o serviço público descentralizado. Por outro lado, a questão central é observar o paradigma integrativo que um programa de gestão pautado pela boa-fé determina à Administração Pública, às instituições e à sociedade civil como uma totalidade na qual se encontram profissionais – uma mentalidade de combate aos desvios de finalidade, combate aos atos ilícitos, combate ao individualismo no trato da coisa pública, daí privilegiando uma gestão de vanguarda que providencie o escopo da dignidade das pessoas e ratifique a força normativa da Constituição e das leis de regência hipercíclicamente. Dessa forma é que de antemão se tutela o próprio direito das pessoas. O processo é método de trabalho, mas também é um fenômeno interativo da jurisdição que deve observar esse estado de evolução da civildade. Logo, os atores processuais devem manter a promessa de eficiência, transparência e fiabilidade que o sistema jurídico implica a todas as esferas da atuação do poder e do cientificismo.

²⁸⁶ *A Estrutura...*, cit., p. 201 e seguintes.

²⁸⁷ POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 13ª reimpressão da 1ª edição. São Paulo: Cultrix, 2007, p. 275 e seguintes, em especial, p. 291/2.

vislumbrar uma verdade inatingível no frenesi das irrupções tecnológicas atuais. Para tanto se leva em conta a figura do caos da ignorância como pressuposição *ideal* dentro da plausibilidade avistada pelo observador – na medida em que a hipercomplexidade permite avistar como erro corrigível ou razoavelmente possível um fenômeno que pode ocorrer, porém, ainda não ocorreu (porque tem erros sequer hoje imagináveis pela ciência).

Os critérios que substancializam a metodologia científica compõem premissas válidas para discutir a fiabilidade pressuposta ao laudo pericial. Em decorrência, constatar que a lógica de uma decisão científica possui similaridade à lógica de uma tomada de decisão sobre a prova pelo juiz – evidente que ambos os casos são fenômenos especiais de discursos práticos racionais que reservam uma valoração pelo perito e uma valoração pelo juiz. Uma sobreposição de enfoques crítico-valorativos que partem da *ciência enquanto standard e chegam ao processo enquanto discurso concretizado no laudo*.

3 O exame de ADN versus a perícia psiquiátrica: qual racionalidade?

Os critérios flexíveis e exemplificativos que foram sedimentados desde o teste Daubert e resultaram na evolução da relação entre ciência e processo com base na experiência jurisprudencial norteamericana ajudam a resolver o dilema sobre a utilização da perícia no processo. De maneira estrutural e operativa²⁸⁸ se assinala que o senso comum vai cedendo espaço à *boa ciência* ou à *tecnologia*, afinal, o art. 375 do Código de Processo Civil merece leitura concretista, na medida em que os conhecimentos se aperfeiçoam ao largo do tempo e a ciência encampa cada vez mais os umbrais que estavam pervasivos e explorados pela pseudociência.

Não se trata mais de singela questão *conceitual*, como na época do caso Frye (1923), mas de um avanço da ciência contemporânea que tem causado profundo impacto em todos os setores (em especial, no direito). Nesse sentido que aparentemente delimitada a zona limítrofe entre o senso comum e a ciência, é necessário refletir por entre os possíveis *modelos de conhecimento* que a ciência ou a técnica podem

²⁸⁸ A ciência e o direito não se excluem na totalidade, havendo pontos de conexão sensíveis e que a operatividade da solução de casos denota legítimos para a conjugação de achados. Ver Michele Taruffo, *La aplicación de estándares...*, cit., p. 205/6. O autor comenta que a ciência está preocupada com uma epistemologia geral e o processo com uma epistemologia limitada bem como especial. Contudo, não se verifica impedimentos a aproximações ideais em termos de utilização de uma maneira de pensar como um paradigma genérico, a ser exemplificativo e flexível, quando manuseado no certame jurídico.

proporcionar. Ou se existe *um maior ou um menor coeficiente de verdade (precisão) entre as ciências retratadas nas perícias*, consoante a racionalidade que sufraga os critérios que elas permitem identificar.

A proposta de Michele Taruffo²⁸⁹ salienta que existem ciências *rígidas* ou *desumanas*, como a química, a física, a matemática, a engenharia, a biologia, a genética e assim por diante. O critério utilizado pelo autor quer dizer que tudo o que se resolve em cálculos tendencialmente abstratos possui argumentos relevantes para o conhecimento mais aproximado da verdade, inclusive, se tiver que repetir o exame. A repetibilidade não falseada conclui por um reforço de legitimação, ao invés de ser uma escala de problematização desse tipo de ciência que já pode fornecer, desde a primeira investida, um resultado com diminuta margem de erro. Ao lado dos critérios Daubert-Joiner-Kumho explicitados, a propedêutica da confiabilidade em ciências rígidas é incrementada pelo *abstracionismo* e pela possibilidade de refazimento válido dos cálculos imanescentes, tantas quantas forem as vezes alvitadas pela discussão processual.

De outro lado, “problemas surgem quando se trata das chamadas ciências <humanas>, ou sociais, como a psicologia, a psiquiatria, a economia a sociologia, a crítica literária, a estética ou as ciências das religiões”. Esses campos são discutíveis sobre o próprio enquadramento na classe de ciência, refere Michele Taruffo²⁹⁰, razão pela qual o juiz chega a tangenciar a análise técnica para avançar com *valorações de senso comum por ele mesmo* elaborada ou *valorações de senso comum* formuladas com o auxílio dos denominados técnicos (profissionais de outras agendas como a assistência social ou a pedagogia). Em realidade, a grande diferença dessa espécie de perícia para as demais consta na margem de erro que elas abarcam, embora o refazimento da perícia também possa ser fator de legitimação.

O problema das *ciências humanas* é a avantajada margem de erro?

Ou quer dizer que o problema se trata da dificuldade de refazimento do teste para resultar em uma mesma conclusão anteriormente alcançada?

Evidente que toda a ciência almeja um coeficiente de verdade²⁹¹. Porém, *a relação é teleológica, e não ontológica* para com a verdade, porque as diferentes

²⁸⁹ *A prova...*, cit., p. 305/6.

²⁹⁰ *A prova...*, cit., p. 305.

²⁹¹ A ciência *não* procura a verdade até pelo fato da superabilidade das constatações científicas. Ocorre que os cientistas aprofundam a metodologia de trabalho implantando como resultado um produto de um processo racional. “Of course, scientists seek not just true answers, but substantive, explanatory, fruitful, illuminating answer”. Os cientistas procuram respostas aos problemas com a consciência de que tal resposta pode ser superada em uma próxima investida. Ver HAACK, Susan. Irreconcilable differences?

modalidades e os próprios incrementos científicos buscam novas visões de mundo, *novos paradigmas para resolver velhos e novos problemas* – a pretensão de correção científica. A psicologia e a psiquiatria, por exemplo, trabalham com uma margem de erro significativa, não pelo fato de serem ciências de tal ou qual compartimento do saber, mas porque a *metodologia utilizada está “sensivelmente”²⁹² limitada por questões* referentes à *amostragem e ao condicionamento* célere das condições humanas, o que é ainda mais agravado pela evolução dos fármacos e técnicas de tratamentos behavioristas, contemplacionistas, psicodinâmicos, com regressão, espiritualistas e outros tantos que cada vez mais se multiplicam no cotidiano da experiência.

A biologia, citada por Michele Taruffo²⁹³, não possui tanta precisão como imaginado. A questão genética, por exemplo, pode apresentar falso positivo ou falso negativo. *Não é pelo fato do capítulo da ciência que uma perícia não apresenta erro.* Doravante, em psicologia e em psiquiatria, as coisas são ainda mais complicadas, ressaltando que o refazimento de testes – mesmo na *tradição de tipologia em formulário à brasileira*²⁹⁴ – pode conduzir a uma sequência de laudos contrários, o que reforça a

The trouble marriage of Science and law. In HAACK, Susan. *Evidence matters* (science, proof, and truth in the law). New York: Cambridge University Press, 2014, p. 84/5.

²⁹² “Sensível” em dupla perspectiva – porque a amostragem é sensível (a mente ou comportamento humano) e porque as conclusões possuem uma escala de diferenciação deveras tênue.

²⁹³ Em outro escrito, o autor chega a separar a ciência pelo critério da explicação e da compreensão. As primeiras, seriam as ciências duras que permitem visualizar uma taxa de erro e podem ser aplicados aos critérios Daubert. As segundas, são mais sensíveis a uma aposta sobre a possibilidade de erro e seriam *incompatíveis* ao teste Daubert. Com efeito, os critérios da metodologia, observados pelo direito norteamericano, possuem natureza exemplificativa e flexível, daí que não são automaticamente devidos a cada ciência. Além disso, quando Michele Taruffo refere que o paradigma hempeliano não é aplicável às ciências da compreensão, parece que isso não foi avisado aos práticos brasileiros, porque o que mais se tem nas *perícias formulário* em psiquiatria e psicologia no Brasil é um amalhado de induções ou *achismos* que remetem a conclusões apriorísticas. Isso deve ser confrontado pelo empirismo popperiano, logo, o problema não é indutivo, mas a insustentabilidade fática é gritante – embora fatores mais políticos ou econômicos (como se verifica em perícias do INSS ou em exames criminológicos) sejam mais *pesados para uma inclinação ideológica* que os fatores reais de consolidação científica. Ver Michele Taruffo, *La aplicación de estándares...*, cit., p. 209.

²⁹⁴ Michel Foucault critica a perícia medido-legal desde 1975 alegando que se trata de um umbral entre o ato judiciário e o ato médico. Segundo o autor, a perícia judiciária não encerra a natureza pura de um ato judiciário tampouco de um ato médico, antes é uma junção deturpada. O exame médico-legal é “um exemplo particularmente notável da irrupção ou, mais verossimilmente, da insidiosa invasão da instituição judiciária e da instituição médica, exatamente na fronteira entre as duas, por certo mecanismo que, justamente, não é médico e não é judiciário. (...) O exame médico viola a lei desde o início; o exame psiquiátrico em matéria penal ridiculariza o saber médico e psiquiátrico desde a sua primeira palavra. Embora tenha na junção de ambos, embora tenha na fronteira de ambos, um papel capital para o ajuste institucional entre uma e outra, seria totalmente injusto julgar o direito moderno por uma prática como esta. (...) Ele não deriva do direito, não deriva da medicina”. Esse *exame-formulário* é para estigmatizar a categoria de *anormais*, para arrostar do convívio figuras que não são insanas, mas que representa um suposto perigo conjecturado, uma excrescência do poder feudal em pleno século XX. Ver FOUCAULT, Michel. *Os anormais*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 51.

notória margem de erro avantajada²⁹⁵. Nessa perspectiva, o diferencial entre as denominadas ciências humanas ou desumanas não chega a ser o fator da abstração ou da humanidade das pesquisas em si mesmas consideradas, porque sempre existe *uma dose de ser humano latente*, seja na feitura, seja na contraprova das perícias.

O critério da diferenciação entre o teste de ADN²⁹⁶ e o laudo psiquiátrico explicita um paradigma. A diferença entre os coeficientes da verdade (precisão) em cada exame decorre da margem de erro. Agora, esse déficit nuclear é proporcional ao referencial ou à natureza da *amostragem*. Em primeiro lugar, pelo fato da *instantaneidade* de um exame que promove uma conclusão de efeitos esperadamente permanentes e, de outro lado, um exame cuja amostragem tem o fator humano de *permanência* (a mente humana) cuja análise não pode pautar uma instantaneidade fixa (um comportamento *condenado* à repetição).

Um sujeito portador de neoplasia maligna pode se submeter a um tratamento e atingir um estado de remissão? Um portador do vírus da SIDA pode efetuar um tratamento e ter uma vida saudável? Stephen Hawking, sofrendo da esclerose múltipla, não teve um prognóstico no qual lhe conferiram apenas mais seis meses de vida?

A ciência remete a tais reflexões. Com efeito, o problema entre a *rigidez* ou a *flexibilidade* da ciência não pode ficar adstrita ao caráter tecnológico da experiência laboratorial. Por isso que se lançaram paradigmas de contraste referentes a

²⁹⁵ Com o novo CPC elevando a categoria do assistente técnico a uma figura participativa do contraditório material, é *discutível* a ortodoxa jurisprudência que somente se reporta às conclusões da junta médica oficial – pelo fato de ser oficial. Ainda mais em laudos psicológicos ou psiquiátricos nos quais a junta se reúne para conclusões em 45 minutos, sendo que os assistentes não raramente acompanham toda uma rotina do paciente. A propedêutica da perícia oficial se sufraga unicamente na confiabilidade (vertical-empregatícia) que deve ser o contrário da conjectura, porém, na prática, tal perícia consiste em um método que salta da premissa para uma conclusão genérica com pouca ou com praticamente apenas uma única observação do objeto, ou pequeníssima matéria em amostragem – porque existe o *brado da razão da autoridade*. Algo a ser urgentemente revisto pelo aquilatamento da amostragem em benefício de uma nova visão de mundo científico, com a permanência cada vez mais significativa do assistente técnico. Ver POPPER, Karl R. *Conjecturas e refutações* (o progresso do conhecimento científico). Trad. Sérgio Bath. 2ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, p. 83. Não existe hierarquia entre peritos, o que deve ser analisado é a questão da metodologia. A perícia oficial em geral *não possui método, mas um intuícionismo* por vezes implicado por fatores políticos e por *lobbies* que rasgam qualquer diploma científico.

²⁹⁶ Em alguns estados norte-americanos, o teste de ADN emplaca uma “prova clara e convincente”, ao invés de uma “prova acima da dúvida razoável”. Já se defendeu o cotejo entre hipótese e o contexto probatório, o que mitiga a atribuição de peso a um meio de prova. Porém, em direito continental a prova do ADN é praticamente indiscutível, salvo se houver algum levante acerca de questões técnicas do laboratório ou no tocante à má utilização dos mecanismos da coleta, conforme normas nacionais ou internacionais de recomendação. Ver PÁEZ, Andrés. Estándares múltiples de prueba en medicina y derecho. In PÁEZ, Andrés (coord.). *Hechos, evidencia y estándares de Prueba* (ensayos de epistemología jurídica). Bogotá: Editorial Kimpres SAS, 2015, p. 142.

dados e provas flagrantes, dentre outros fenômenos que impressionam pela *captura de momentos* – e não pela captura dos efeitos pessoais decorrentes dessas questões (o que é bem diferente).

O núcleo da diferenciação está na *relatividade* ou na *permanência da própria amostragem colocada em exame ou em checagem*.

Quando se ressaltou a felicidade do exemplo de Ferrer Beltrán, que comparou a valoração da prova ao diagnóstico médico, a importância do paradigma é pelo indelével caráter *metaepistêmico* que também é cotejado pelo prognóstico. Tudo o que envolve amostragens que se reciclam, recondicionam, reconstroem, enfim, amostragens que se modificam no tempo possuem uma nota de diagnóstico a ser *ponderada* a um prognóstico. Não se admite uma *conceituação* firmada em pautas fixas. Einstein quebrou a unicidade do tempo com a teoria da relatividade partindo do postulado que as leis da ciência deveriam “parecer as mesmas para todos os observadores em movimento livre. Em particular, todos eles deveriam medir a mesma velocidade da luz, sem importar o quão rápido estivessem se movendo. A velocidade da luz é independente do movimento deles, sendo a mesma em todas as direções”²⁹⁷. O ponto de desequilíbrio está na suposta *liberdade* de movimento, porque se trata de um medidor que na base da análise dos juristas pode ser reputado *contraepistêmico*, tendo em vista que diferentes fatores de influência implicam rearticulações de resultados com o condicionamento da liberdade (em decorrência de valores processuais).

Einstein aponta como exemplo o paradoxo dos gêmeos: se um irmão gêmeo ficar no planeta terra e o outro fizer uma viagem para o espaço, quando esse último retornar, o que permaneceu na atmosfera terrestre estará ligeiramente mais envelhecido que o gêmeo que viajou. As condicionantes do espaço relativizam a passagem do tempo. Isso acontece em todas as amostragens que Michele Taruffo reputou como *humanas*, ou melhor, pode-se também somar a elas as amostras *não humanas*, mas que evidentemente se recondicionam no tempo e no espaço pelos próprios confins de *permanência* que servem de matéria-prima para a técnica empregada. *A técnica é condicionada-limitada pela amostragem*.

Imagina uma prova de balística no confronto com uma prova para a medição de impacto ambiental. Qual racionalidade?

²⁹⁷ HAWKING, Stephen. *O Universo numa Casca de Noz*. Trad. Ivo Korytowski. São Paulo: Mandarim, 2001, p. 9.

A balística reporta a instantânea compatibilidade entre a ranhura da arma de fogo para com o projétil. Diferente disso, o impacto ambiental se trata de uma questão a ser medida pela geologia, pela física, pela engenharia, pelas ciências que podem ser reputadas como *rígidas* nelas mesmas, mas que embora tenham esse caráter ontológico, elas *não* fornecem um resultado instantâneo e permanente, ainda que a margem de erro *possa* pontualmente ser reputada pequena para aquela aferição. Ora, a natureza, o meio ambiente, a fauna e a flora, enfim, estão em constante cambiamento e refazimento. Assim, o critério de separação entre ciência rígida e ciência humana, utilizado por Michele Taruffo, merece ressalva.

Em realidade, o critério para o dimensionamento da precisão de uma perícia está na *comensurabilidade* ou na *incomensurabilidade* decorrente do eventual condicionamento que as amostras permitem. A variabilidade da amostra pode promover uma modificação do coeficiente da verdade da ciência por ocasião da influência do estado das coisas em termos diagnósticos e prognósticos, na mensuração peculiar a cada catalogação científica.

Ou seja, a ciência não pode ficar adstrita ao estudo da patologia, o que seria um esforço meramente retrospectivo e desviado do foco – também é necessário investigar os efeitos desse fenômeno na abrangência do paciente, nas condições pessoais do sujeito, o que denota a *valoração da amostragem* sem descurar da metodologia indutiva e estatística, tendo em conta a *razoável possibilidade do falseamento* de uma conclusão parcialmente elaborada e, decididamente, levando-se em conta a facticidade que a passagem do tempo simplesmente demonstra. O prognóstico não permite uma visão estática do erro, pelo contrário, ele literalmente em um primeiro momento *marginaliza o erro e o recondiciona na perspectiva da renovação que a amostra pode comensurar*. Quer dizer que a possibilidade dos diferentes prognósticos é tanto maior quanto a *incomensurabilidade* de renovação do objeto de análise – em outras palavras: a ciência serve ao ser humano, não o contrário.

Edgar Morin²⁹⁸ sintetiza que a “ordem biológica é uma ordem mais desenvolvida que a ordem física; é uma ordem que se desenvolveu com a vida. Ao mesmo tempo, o mundo da vida comporta e tolera muito mais desordens que o mundo da física. Dizendo de outro modo, a desordem e a ordem ampliam-se no seio de uma

²⁹⁸ MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Trad. Eliane Lisboa. 5ª ed. Porto Alegre: Sulina, 2015, p. 63.

organização que se complexifica”. A questão da ordem é indiretamente proporcional à incomensurabilidade.

A desordem (figura do caos) e o *padrão do incomensurável* fazem parte da vida. Por isso que Edgar Morin recorda Heráclito para dizer que “viver de morte, morrer de vida” consiste em um trabalho incessante durante o qual se degradam as moléculas, as células, os seres vivos para se conceder lugar a outros tantos fenômenos. A idéia da renovação depende disso, porque viver é morrer intensamente, é esperança de rejuvenescer – é sobre *recondicionamento* que se fala. Daí a idéia da repaginação que amargura a margem de erro de uma perícia psiquiátrica, que pode se empoleirar na indesejável corporatividade médica sem chegar à conclusão alguma, ou pode, com calma e com alma, lançar diagnósticos e prognósticos concretos passíveis de evolução porque pertinentes às peculiaridades reivindicadoras de cada paciente.

Uma perspectiva aplicável empiricamente à ciência e que serve de paradigma à problemática jurídica da avaliação dos efeitos das decisões sobre os fatos. Afinal, a valoração da prova atualmente considera o peso da hipótese carregada por um contexto probatório que transcende uma visão pontualista. Para além da possibilidade de falseamento, que é utilizado como critério de cientificidade em Popper, também se deve emplacar a previsibilidade ou o potencial²⁹⁹ de mutação do estado de coisas que estão em fase de teste – porque a decisão gera efeitos na mesma proporção de variação ou recondicionamento dos objetos demandados (basta ver que os processualistas hoje se valem das denominadas *técnicas* cujos efeitos podem se protrair no tempo e mitigam o princípio da demanda: art. 492 e 493 do CPC).

Salienta-se que a margem de erro da perícia tem uma face límbica enquanto critério encerrado propriamente dito, mas algo marginalizado ao próprio método. Isso não contradiz a valoração do erro na filosofia da prova, para a decorrente adoção da dúvida judicial como o *case* a ser compensado. Em síntese, no tocante à racionalidade da perícia, a margem de erro é medida conforme a uma *variação* ou a uma *incomensurabilidade* das hipóteses em testagem.

²⁹⁹ Uma relatividade potencial deve ser considerada no projeto de possível falseamento de hipótese. Ver POPPER, Karl R. *Conjecturas e refutações*. Trad. Sérgio Bath. 2ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, p. 243.

O maior ou menor peso atribuído a um standard científico depende da praticidade (suficiência)³⁰⁰ que a matéria-prima em análise fornece, em termos de solução opinativa ao experto, no sentido de funcionalizar a margem de erro em benefício da solução de determinada questão em litígio judicial. Se uma corrente refere que o método científico ou as ciências forenses estão em crise, porque não raramente deixam de estabelecer o grau de erro das respectivas impressões, basta colocar o catálogo científico no seu devido lugar – *como um standard*, seja explicativo ou compreensivo, mas que a depender da incomensurabilidade da amostragem, ele pode assumir uma solução de racionalidade proporcional à intervenção das repaginações humanas ou da natureza que ambienta a coletividade³⁰¹.

Cada fenômeno em seu lugar, inclusive no tocante aos estados das coisas e às respectivas (in)comensurabilidades e aos fatores de permanência recondicionantes, ou não, da vida humana – que está cada vez mais complexa. A perícia apenas reporta discursivamente tal estado de coisas enquanto um laudo processual passível de impugnação desde a formação.

4 A tecnologia como nova prova real (prova instantânea ou prova flagrante)

As provas reais ou demonstrativas³⁰² são aquelas que tratam de eventos, comportamentos, situações, objetos ou ocorrências que em si mesmas evidenciam determinada percepção. Acabam sendo *objetivas* na aproximação entre a conclusão e a *verdade*. Por exemplo, a fotografia de um carro sinistrado indica que muito provavelmente houve o acidente, um cadáver revela que o sujeito está morto e assim por diante. O interessante em termos dessa modalidade é que da mesma maneira em que a perícia tem avançado por sobre o senso que outrora *era* comum (art. 375), *a tecnologia tem transformado em prova real o que antes seria mera circunstância passível de uma dupla inferência*.

³⁰⁰ PÁEZ, Andrés. Estándares múltiples de prueba en medicina y derecho. In PÁEZ, Andrés (coord.). *Hechos, evidencia y estándares de prueba* (ensayos de epistemología jurídica). Bogotá: Editorial Kimpres SAS, p. 124.

³⁰¹ Michele Taruffo refere sobre a crise das ciências forenses que apresentam erros dignos de levar o juiz a equívocos. Agora, toda a operação humana pode resultar nessa baixa, a questão é identificar a possibilidade desse teste e sopesar com a importância da hipótese frente ao contexto elaborado. Ver La aplicación de estándares..., cit., p. 211/2.

³⁰² Michele Taruffo, *A prova...*, cit., p. 99.

A prática dos jogos apresenta o que se tem de mais avançado em termos de objetivação de situações para a tomada de uma decisão. Desde razoável tempo, em esportes como o tênis e o vôlei, recursos de câmeras de alta precisão apontam se a bola saiu ou se ela quicou dentro da quadra, se houve o toque do jogador para a bola sair ou se o lance partiu do ataque. No futebol, a tecnologia na utilização do VAR tem os seus custos (como atrasar algumas jogadas), mas permite afastar a margem de dúvida nas soluções dos árbitros principalmente para marcar impedimentos ou verificar agressões para cartão vermelho. Evidente que ainda sobram espaços para interpretações, em especial, se houve a intenção da falta ou se um toque de mão na bola foi proposital. De qualquer maneira, a marcação da imagem fornece alta dose de aproximação à verdade – congela o espaço e o tempo para demonstrar a situação.

Um compartilhamento da situação a todos os interessados na verificação – *a questão da comensuração ou da incomensuração da amostragem* que fica demarcada pela tecnologia (ela retrata o momento cujo fundamento e efeitos podem ser objeto de discussão).

A prova real ou demonstrativa por intermédio da tecnologia pode ser chamada de *prova instantânea ou de prova flagrante*. Porque na experiência da prova judiciária diversas situações tem sido capturadas instantaneamente, seja com recursos decorrentes de filmagens de segurança, seja com o aparato de filmagens efetuadas por populares, em situações de flagrantes de crimes³⁰³ ou até mesmo no ato administrativo da prisão em flagrante. Em geral, o apontamento do evento não depende de inferências *indiretas*, considerando que as imagens identificam os agentes e as circunstâncias do fato. Experiências que rebaixam a densidade argumentativa com o proporcional acréscimo do lastro de verificabilidade e possibilidade de inúmeras repetições fiáveis da análise.

Na aferição da suficiência da prova, as imagens, o flagrante, o conjunto de indícios como os rastros digitais, a perseguição por geolocalização com base em celulares ou em mecanismos de rastreamento veicular, por exemplo, podem mitigar e até afastar razoáveis argumentos que levariam ao possível falseamento da hipótese. Consequentemente, a margem de erro é arrefecida porque a conclusão *demonstrada* é refutada somente por um álibi muito consistente.

³⁰³ VERDE, Giovanni. Prove nuove. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXI, n. 1, gennaio-marzo 2006, p. 52.

Quanto mais instantâneo e de efeitos permanentes for a situação demonstrada, quanto maior a possibilidade de repetição do evento pela tecnologia (e decorrente impossibilidade de repetição do evento no plano da vida), menor a margem de erro no exame da amostragem auferida. Quanto mais neutra, porque não tem relação com o interesse do litigante, maior fiabilidade tem a evidência. A prova flagrante fala por si mesma, de maneira que o seu núcleo geralmente impessoal aponta para uma conclusão dificilmente refutável³⁰⁴.

Qual racionalidade?

A lógica é semelhante ao controle da *amostragem* em ciência. Na medida em que a amostragem é examinada e contraprovada, na medida em que espaço-temporalmente ocorre um congelamento da situação, por decorrência, a margem de erro argumentativa decresce. Um balanço que também se verifica na *ciência como standard e que serve de paradigma para os standards da prova*.

Robert Alexy assinala que “o problema fundamental da forma de fundamentação empírica consiste na passagem da constatação de que uma regra de fato vale ou corresponde a convicções faticamente existentes à constatação de que sua observância leva a resultados corretos ou verdadeiros, ou seja, que ela é, nesse sentido, racional. Aqui se trata de um caso especial de derivação de um dever ser a partir de um ser”³⁰⁵. Um fenômeno que não é inédito sequer para a dogmática, basta observar a crescente utilização do comportamento processual como prova que é decorrente do princípio da confiança arquetipado na boa-fé objetiva³⁰⁶.

Os fatos brutos, *quando passíveis de uma racionalização no contexto*, também promanam normatividade, situação que é ratificada pela atipicidade dos meios de prova (art. 369 do CPC). Aliás, trata-se de fenômeno reforçado pela *massificação* dos comportamentos que a tecnologia implica. Essas práticas que outrora eram denominadas de hábito geral de obediência, atualmente, elas desenvolvem *rotinas* em autênticas regras gerais ou normas de tráfego social (art. 113, parágrafo primeiro do Código Civil).

O art. 375 do Código de Processo Civil determina que o juiz “aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente

³⁰⁴ A refutação geralmente é *ad hoc*, ataca a autenticidade do meio tecnológico utilizado ou alguma situação de contexto que possa infirmar o evento em si mesmo constatado.

³⁰⁵ ALEXY, Robert. Uma teoria do discurso prático. In ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 44.

³⁰⁶ Por analogia se utilizava o art. 116 do Código de Processo Italiano. Atualmente, o art. 113, §1º, I, do Código Civil.

acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial”. Doravante, a *tecnologia amplifica o que de comum acontece e torna vulgar a utilização de provas flagrantes na sociedade 4.0*, conferindo-se pretensão de correção ao argumento empírico, segundo a doutrina de Alexy. O que está gravado por voz ou por vídeo e que não está editado em *fake view*, massifica o que *poderia ser reputado técnico*. O problema é a verificação sobre a eventual edição ou falseamento dessa prova (o mesmo acontece com a ciência – o problema é a delimitação entre a “verdadeira” ciência e a pseudociência).

Nesse quadrante social, consumista, industrial e político notório que diversas provas são angariadas em redes sociais ou em imagens flagrantes dos eventos investigados. Vale referir que a cifra *não* instruída pela polícia³⁰⁷ em criminalidade de rua decresce a cada dia, mas a razão para isso é até pelo fato de que comerciantes mantêm grupos de whatsapp com imagens dos suspeitos e dos respectivos veículos que, após praticarem crimes, percorrem rapidamente as comunicações concatenadas entre as vítimas, até que o socorro chegue clamando pela polícia e seguindo a imediata perseguição. Arrisca-se dizer que as ruas vigiadas por câmeras atualmente fazem vivenciar o VAR da persecução penal. O incremento da prova técnica³⁰⁸ e da tecnologia – ou se denomine como quiser, porque o que hoje é técnico, amanhã pode ser vulgar – leva à conclusão que determinadas evidências são dificilmente contestáveis pela singela flagrância dos agentes do fato ou do crime que acabam registrados por mecanismos discursivos tecnológicos. Uma metodologia do terceiro milênio que arrefece um significativo número de valorações açodadas da prova, ou melhor, rebaixa a margem de erro por intermédio da dinâmica tecnológica – em decorrência lógica, rebaixam o ônus argumentativo.

Considerando inúmeras perícias que se valem de dados ou de *provas reais* para chegar a uma opinião do experto, assim como tendo em vista um grande número de recortes probatórios ambientais proporcionados pela tecnologia, importante ressaltar a carga epistêmica dessas experiências. Não quer dizer que toda a ciência e que toda a tecnologia reproduza a verdade. Porém, significa que elas são interessantes no sentido de abalzar circunstâncias ou requisitos que permitem calcular uma sensível margem de erro das respectivas conclusões (elas são cada vez mais “prováveis”). Daí a

³⁰⁷ A criminalidade não decresce. O que diminui é a cifra *invisível* dos crimes.

³⁰⁸ Possível falar em prova metadiscursiva. Ela fala por si mesma e toma como referencial, ao contrário, o depoimento de uma testemunha, que é carregada de rasgos psicológicos, interesses ou demais condicionamentos que abalroam as inferências.

importância de critérios encerrados em um método de trabalho – a solução aproximativa de que o erro é possível, *em maior ou em menor medida*, conforme o estado da arte em termos de ciência e tecnologia.

A figura do *caos* é decorrente da eficácia do método.

O programa de racionalidade que permite calcular aproximadamente a margem de erro ou, pelo menos, saber de onde pode advir a refutabilidade das impressões angariadas impulsiona a analogia da tomada da decisão para com o diagnóstico médico. Também recomenda que regras de decisão podem ser sistematizados para a valoração da prova, tratando-se a *ciência como um standard recheado de critérios*. No mesmo sentido, os enunciados standards auxiliam no controle da valoração da prova porque reúnem critérios epistêmicos e critérios jurídicos que dividem o risco da falibilidade a depender da estrutura das dimensões dos direitos em disputa.

A diferença abissal está na abertura do sistema. Enquanto o sistema dos jogos é fechado, os parâmetros de controle não são tão flexíveis. De outro lado, no sistema aberto das soluções judiciárias, os testes em standards podem ser mitigados e matizados, tudo a depender da especialidade do caso, o que pressupõe a abertura do sistema na solução de questões práticas da vida social – cujo encerramento de abertura e de fechamento é o déficit cognitivo e o potencial de erro vislumbrado no estado atual da técnica.

5 A ciência como standard

A ligação entre a ciência e o processo estabelece três frentes de operações: (a) a delimitação do que é a (verdadeira) ciência que pode ser utilizada em um processo judiciário, com a exclusão da *junk science*, o que é pressuposto pela utilização de critérios exemplificativos e flexíveis que foram observados pela jurisprudência ao largo do tempo e se consolidaram nas FRE, bem como estão consagrados pela dogmática e pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro; (b) os referidos critérios são reunidos em uma metodologia de trabalho a ser observado pelo perito e são passíveis de escrutínio judicial, afinal, a missão do perito é elaborar uma *opinião* acerca da matéria-prima que lhe foi apresentada para análise com a pretensão de correção discursiva peculiar à respectiva área do conhecimento; (c) o mecanismo de internalização da ciência no processo, seja através de um perito oficial, seja por

intermédio de um perito escolhido pelas partes deve observar o contraditório forte *desde* a formação até a valoração da perícia, nos termos em que as diferentes visões de mundo arrazoam o que é a ciência e seus resultados – considerando o diálogo interdisciplinar e as novas tecnologias, em especial, porque o *laudo se trata de um caso especial de discurso prático que retrata uma ciência como standard* (preparada para a finalidade de ajudar na solução do caso processual).

Nesse programa de racionalidade³⁰⁹, a ciência deixa de ser um mito intocável pelo discurso de outros profissionais que foram ou não foram escolhidos pelo juiz. Mais que isso, ela cada vez mais assume um espaço técnico que outrora era dominado pelo senso comum (art. 375 do CPC), na medida em que são amplificados os canais interdisciplinares para o debate sobre o que passou a ser a ciência no processo, com normas de sobredireito (arts. 468, 464, §2º, 479, 480, todos do CPC) que viabilizam a premente participação de assistentes técnicos contratados pelas partes ou com a participação de auxiliares por determinação do juiz. Profissionais que podem esclarecer questões complexas e aproximar a valoração técnica a uma verdade correspondentista. Ao certame judiciário, são trazidas matérias outrora não previstas em *formulários* de tipicidade que *não* privilegiavam o contraditório.

A questão da “verdadeira” ciência ou da “falsa” ciência é muito diferente da ciência buscar a “verdade” como objeto – daí a importância da referência da ciência como standard se reafirmar nas próprias bases do saber filosófico-científico que serve de paradigma ao próprio julgado Daubert. Com efeito, *o propósito da ciência consiste em desenvolver novas maneiras de observar o mundo*, ela apronta uma constante evolução de pensamento. A presente pretensão de tese já subentende uma evolução ao próprio pensamento (fomentar novas discussões e novas teses). Tanto que logo nas primeiras páginas do clássico “Conjeturas e refutações”³¹⁰, Karl R. Popper deixa claro que a preocupação dele é “*quando pode uma teoria ser classificada como científica? ou se existe um critério para classificar uma teoria como científica?*” – enfim, isso tem tudo a ver com a exclusão da pseudociência do processo, porque a demarcação da “falsa” ciência por ocasião da falseabilidade empírica é o achado de Popper para acusar o que não é ciência. Não se trata da “verdade em si mesma”, mas da “verdadeira” ciência. Essa sim que pode apontar uma maneira mais evoluída de conhecimento e se

³⁰⁹ Quando se fala em paradigma racionalista no prisma científico se trata de uma procura à *verdade* que já não reflete o contemporâneo estado da arte. A ciência busca a evolução para uma nova visão de mundo, para o progresso, até pelo fato de que nada é definitivo em termos de conhecimento.

³¹⁰ Livro cit., p. 63.

trata de um standard (provisório) que a ciência promete: porque *logo virá outro standard mais evoluído* para demonstrar a evolução científica incessante.

A perícia que retrata a ciência standardizada algumas vezes fornece uma visão atomística sobre o caso. Em outras oportunidades, ela examina uma questão que pode ser nuclear à demanda, mas cuja especificidade pode ser peremptória. O ponto é significativo porque desenvolve dois aspectos: em primeiro lugar, a especialização dos conhecimentos enseja um aprimoramento daquilo que Thomas Kuhn denomina de ciência normal³¹¹, daí se apontando novos paradigmas para que o conhecimento avance para novas visões de mundo; em segundo lugar, porque o trabalho da ciência deixou de ser meramente retrospectivo e assim como o *diagnóstico-prognóstico* (exemplificado por Ferrer Beltrán), o conhecimento trafega para soluções *diametrais* que examinam o passado e o presente, mas sem perder o foco no que se pode fazer para caminhar para novas tendências no futuro, tanto em termos de cura das pessoas como no sentido de novas empregos científicos nas escolhas do ser humano. A humanidade e os compartimentos científicos partem dessas premissas para avançarem na dinâmica das relações dialogadas da atualidade, em espaços públicos (tecnologia) que se refazem a cada clique para o aprimoramento das pesquisas e para melhorar a convivência social.

A mundicoalização interpenetrada por diversos campos do saber repercute na perícia judicial para que ela deixe de ser uma *prova* que se afastava do controle judicial. Assentado que os critérios encerrados em sua metodologia científica permitem um escrutínio por parte do juiz e das partes, sem falar que os limites entre o que é ciência e o que é o senso comum estão sendo delicadamente manuseados e transformados diuturnamente – na velocidade dos aprimoramentos dos saberes científicos – *a perícia consiste em um discurso que retrata a ciência*. O mistério do achado científico consiste em verificar com humildade esse umbral para uma possível evolução. Em decorrência, o perito fornece uma *opinião ou decisão*³¹² que retrata discursivamente o standard científico e que deve ser debatido sem uma solução de

³¹¹ *A estrutura das revoluções...*, cit., p. 71 e seguintes. A ciência normal é uma espécie de quebra cabeças que formula um roteiro para a solução de problemas consolidados pelos paradigmas assentados. A situação de crise dessa ciência *normal* faz repercutir um novo paradigma, daí repropendo leituras até resultar em uma revolução que apresente novas modalidades e propostas de soluções antes não agitadas, para chegar em uma nova visão de mundo.

³¹² “Il decidere, rosolvendosi nello scegliere, esprime una *preferenza*, un andar oltre la pluralità delle soluzioni possibili. La decisione segna un *passagio*: prima, le molteplici possibilita; poi, la soluzione prescelta”. O discurso da ciência jurídica elabora escolhas segundo critérios institucionalizados, assim como cada peculiar ciência tem seus critérios de passagem. Ver Natalino Irti, *Dubbio e decisione...*, cit., p. 64.

intocabilidade. Nesse diapasão que a perícia *não* se trata de uma prova inconteste, talvez, a perícia enquanto discurso especial que retrata a ciência seja a mais volátil das *provas* (ou a menos volátil, a depender do ponto de vista evolutivo – *a corrente que defende o caráter de imanência dinâmica do conhecimento e, de outro lado, a corrente que tende estabilizar o conhecimento*).

Paul Roberts³¹³ salienta que em linha de princípio a investigação científica não é concludente. Afinal, o conhecimento tecnológico sempre é provisório e sujeito a uma revisão, ainda mais tendo em vista o aprimoramento das visões de mundo – dos pontos de vista que afunilam a *opinião* dos especialistas. O perito nada mais faz que efetuar um roteiro discursivo e resumido dessa impressão. Nesse estado de coisas, o papel do juiz não é controverter ou dispensar uma conclusão com razoável margem de erro, mas debater sobre o *déficit epistêmico* de maneira institucionalmente aceitável (por intermédio do contraditório e consideradas as questões de *compliance e fiabilidade em relação ao profissional*).

O fundamental é ter em mente que a perícia fornece uma proposição flexível que pode ser redimensionada no teor da *incomensurabilidade* das amostragens que faz variar as conclusões no desenrolar do emprego de novas técnicas que se aperfeiçoam. Não que isso vulnerabilize o resultado, mas sobretudo porque tais variantes são diretamente proporcionais ao núcleo de controlabilidade do erro que uma perícia pode encampar.

A margem do erro: aqui o ponto de encontro entre o coeficiente epistêmico da perícia e a função política da graduação de standards tanto em termos de política científica limitada pelos valores processuais como na perspectiva da tutela dos direitos que desde fora do processo implicam densidade normativa.

Quanto mais precisa uma perícia, é menor a margem do erro. Um balanço ponderado. Existe uma evidente graduação nessa abordagem que recolhe para si os graus de *suficiência* da ciência retratada na perícia em relação à verdade. Assim como acontece com o próprio direito, quando por sobre o critério epistêmico a *suficiência* da prova implica o critério jurídico com pretensão de correção.

³¹³ ROBERTS, Paul. ¿Fue el bebé sacudido? Prueba, pericia y epistemología jurídica en el proceso penal inglés. In VÁZQUEZ, Carmen (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica* (ensayos de epistemología jurídica). Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 166.

Angelo Dondi³¹⁴ chama a atenção para a hipercomplexidade e para a contingência das atuações sociais que não permitem uma abrangência de todos os problemas que surgem no cotidiano nos tribunais. Isso assinala o cuidado na leitura das FRE. Vale dizer que o autor é realista no sentido da contínua sobreposição de novos conhecimentos, propondo uma abertura da ciência a novas possibilidades que podem ser ensaiadas como *discursos em perícia*: (a) a sobreposição de novos estudos acerca de determinada matéria científica ou mesmo de alguma matéria que estaria assentada como senso comum ou como regra de experiência pode resultar em um conhecimento digno a ser aportado como perícia; (b) a publicação em revistas ou periódicos especializados que indicam a preocupação de técnicos ocorrem diuturnamente no sentido de implicar novas formas de investigar temas complexos ou contingentes ao convívio social; (c) a possibilidade de evitação do erro enquanto uma visão pontual sobre o objeto da percepção quer dizer que a prova técnica evolui para o afastamento da falibilidade, então abarcando uma leitura de contexto ao estado da arte; (d) a crescente aceitação de novas provas científicas na comunidade especializada denota a tendência tecnológica de amplificação do saber científico.

Observando o elenco de critérios elaborado por Angelo Dondi, a partir da dogmática vigente e das FRE, verifica-se que o autor deixa uma porta aberta à evolução com uma sorte de proposições que estabelecem pautas móveis no sentido delas poderem ser sobrepostas por novas tendências – é a *razoável possibilidade* no confronto com a probabilidade em termos tecnológicos. Além disso, parece que Dondi faculta uma checagem ao contrário, ao estilo do art. 489, §1º, do Código de Processo Civil e do art. 315 do Código de Processo Penal, não que seja definição por negativa, mas conduzindo a uma *função política* no umbral que gradua a precisão da ciência no processo.

O patamar esquemático que se postula é justamente aquele que permite maior número de opiniões a respeito da hipótese de trabalho, na perspectiva das regras de decisão que auxiliam na tomada da solução sobre a prova. Sobretudo porque podem ser graduados conforme a *suficiência* enquanto uma *mais-valia* para além da probabilidade-confirmação. O falseamento dessa tendência é um arquétipo da denominada margem de erro que encerra a *razoável possibilidade* do caos da ignorância.

³¹⁴ DONDI, Angelo. Paradigmi processual ed <expert witness testimony> nel diritto statunitense. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno L, 1996, Giuffrè, p. 267.

O que significa as diferentes margens de erro da ciência e que são reportados na perícia?

Karl Popper³¹⁵ diferencia uma teoria do conhecimento e uma teoria do erro para finalmente salientar a força sinistra que o isolamento da ignorância pode ensejar. O erro pode acontecer por questão técnica, mas o *tipo ideal de erro que tanto se fala é o decorrente da ignorância substancial*, é aquele erro que não está nos compêndios das *ciências normais*, ou seja, essas que trabalham com problemas identificados e soluções repetitivas pela dogmática.

Logo, a margem de erro deve ser *reconsiderada como um algo a mais que ainda não foi posto*, mas que pode ser achado concretamente ou que é pressuposto abstratamente, desde que por uma construção *ideal* no panorama da tutela dos direitos ou dos testes científicos. Trata-se da contingência. Tal erro é o que marca o ranqueamento dos diferentes graus de suficiência da ciência e da prova, na sistemática das fontes que atualmente não podem ser descoladas do mundo dos fatos. O *discurso pericial e o discurso jurídico*, cada qual com as respectivas especificidades, calculam o erro como decorrente da dúvida a ser ponderada no apanhado de soluções plausíveis – que por serem científicas, tanto jurídicas como não jurídicas, elas são provisórias (tudo em ciência é provisório).

Ou seja, teoricamente a valoração da prova não pode ser afinada com soluções exemplificativas que resolvam caso a caso. Porém, ela é aderente a uma proposta que reúna as condições da tutela do direito na perspectiva do paradigma científico emplacado pela perícia. Isso pode organizar um padrão de refutabilidade que funcionalize o grau de *suficiência* da prova em direito continental.

Assim como ocorre no direito, para além da imediata preocupação epistêmica da perícia, também existe uma mediata função evolutiva que propulsiona diversas escalas, em acoplamento à *razoável possibilidade* de novas conclusões. Partindo da tese de David Schum, Andrés Páez³¹⁶ refere que uma evidência é algo que faz crescer o contexto epistêmico de uma hipótese – ou seja, reforça o peso da hipótese no panorama argumentativo, já que a prova consiste em um argumento. Isso permite contrastar uma conclusão científica de alta precisão (como acontece na física) a uma conclusão da medicina (cuja conclusão não seria tão precisa porque pode ser

³¹⁵ *Conjecturas e refutações...*, cit., p. 31.

³¹⁶ PÁEZ, Andrés. Estándares múltiples de prueba en medicina y derecho. In PÁEZ, Andrés (coord.). *Hechos, evidencia y estándares de prueba* (ensayos de epistemología jurídica). Bogotá: Editorial Kimpres SAS, 2015, p. 124/5 e 132.

modificável a depender da amostragem). Física e medicina ocupam diferentes escalas em termos de *suficiência* contextual, a falseabilidade de cada qual é de diferente relativização, mas existe, porque se trata de ciência e serve de critério de diferenciação entre as matérias.

O autor salienta, portanto, que *não se pode considerar a autoridade de cada ciência em si mesma*, mas refletir sobre as possíveis evidências que emprestam um *conteúdo* informacional e também um *valor* informacional a cada proposição hipotética em uma situação científica-global (comparativa entre as ciências): elas possuem racionalidades distintas com premissas com forças normativas diferenciadas e proporcionais ao caráter da amostragem, o que repercute na questão do erro. Daí que parece bastante nítido que aquilo que Paéz denomina “umbrais múltiplos”, em realidade, trata-se de uma consideração em primeiro lugar epistêmica, na limitação de cada ciência, mas que não descarta de uma alocação de graduação que pode ser avistada mais amplamente quando *comparadas* as diferentes ciências em relação a uma visão mais global. O *valor* informacional para o *todo* é determinado pela diferença prática e teórica que marca um contexto de conhecimento mais abrangente e no momento não alcançável.

Isso tem tudo a ver com o direito: a tutela do direito abarca fato↔norma.

Um hiperciclo que assinala a multifuncionalidade das impressões sobre o manuseio do erro (assim como na perícia), sobretudo no tocante ao maior ou ao menor patamar de *crença* (*rectius: probabilidade*) que se pode ter em relação a alguma ciência aportada no processo. *Qualquer semelhança da ciência como standard para com a teoria dos standards da prova não é mera coincidência.*

O escalonamento do erro (ou melhor, da ignorância – que é denominada como a *dúvida* sobre o *case* no processo) também pode ser ambientado no panorama ideal do estado das coisas em direito. No referente ao *tertium comparationis* entre o trabalho diagnóstico-prognóstico da perícia para com a tutela do direito, inclusive, é salutar antever um equilíbrio entre critérios e as fontes para organizar a maneira de pensar as soluções jurídicas: (a) a fiabilidade propedêutica do juiz em comparação ao trabalho do perito é diretamente proporcional a uma *hierarquia das fontes* que desde a participação democrática da sociedade classifica as matérias essenciais a serem tuteladas pelo direito e o juiz deve respeitar essas diretrizes (de resto, quer dizer que a fiabilidade abarca a *aceitação geral*); (b) a *amostragem*, a matéria-prima da perícia que tanto influencia sobre os possíveis resultados e serve de critério de racionalidade é

relacionada ao desdobramento dos *interesses* que pode ser de repercussão individual ou social, bem como levando em conta a eventual indisponibilidade desses aspectos na discussão das demandas; (c) o recurso consequencialista imanente a uma eficácia pericial, que ampara efeitos instantâneos ou duradouros que podem ser refeitos, contraprovados ou serem reconicionados com protraimento no tempo é análogo ao desdobramento eventualmente *incomensurável da efetivação da técnica instrumentalizada pela tutela do direito* como decorrente da decisão e que é diretamente proporcional à natureza do interesse concretizável; (d) tais fatores finalmente resultam na necessidade de uma metódica de corroboração cuja pretensão de correção jurídica pondera a hipercomplexibilidade e a contingência³¹⁷, fazendo confrontar a *probabilidade* com a *razoável possibilidade* de refutação (a figura do caos), daí marcando o coeficiente da verdade, levando em conta o que é mais tendente ao erro ou menos tendente ao erro na peculiaridade discursiva da correção material do respectivo ambiente científico.

A maior ou a menor força dessa narrativa que deve se valer de razoável possibilidade de refutação como déficit da probabilidade é que vai definir o escalonamento do grau de acerto como reação funcional dos standards da prova em matéria jurídica. Por decorrência, o *critério epistêmico é mediatamente alvitado*.

A validade do paradigma está nessa transição entre ciência como standard e os standards da prova na perspectiva da tutela do direito. A margem de erro é um fator de ignorância que não pode ser discriminado, mas cuja verificabilidade teórica, embora não seja tipificada como algo estanque, é concretamente adjudicada pela abertura do sistema (art. 375). Assim, ela pode aparecer de maneira discursiva ou como uma prova atomística que desconstroí o arsenal projetado por todo o vasto mosaico de expectativas que a tutela do direito preordena para a solução de determinadas questões. Uma nova visão de mundo pode ser construída metodologicamente ou pelo menos chancelar a abertura da valoração da prova para a diuturna evolução científica em graus de suficiência aparentemente calculáveis e que se reflete na corroboração do contexto probatório.

³¹⁷ A complexidade é uma questão inédita no estado da arte. Uma questão contingente consiste em um desvio de rota que não chega ao extremo do ineditismo, mas apresenta uma possibilidade diferente da inicialmente imaginada. Os “sistemas simples tem necessidades estruturais diferentes de sistemas mais complexos, mas também possuem menos possibilidades de erigir e manter estruturas relevantes enquanto pressuposto de outras possibilidades estruturais”. Quer dizer que quanto maior a complexidade, talvez, maior a permanência de uma determinada pauta científica no programa contemporâneo. Ver LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 15 e 45.

CAPÍTULO 4

Os standards da prova na perspectiva da tutela dos direitos

O discurso pericial repercute a ciência como standard e *serve como paradigma* que permite amearhar critérios válidos para a estruturação geral dos standards da prova na perspectiva da tutela dos direitos.

Diogo Assumpção Rezende de Almeida³¹⁸ assinala que o direito americano elaborou os critérios para um controle da metodologia da ciência no processo, levando em conta que naquele sistema jurídico o perito é escolhido pelas partes. Quer dizer que quanto maior a influência de uma parte sobre a prova, é proporcionalmente maior a necessidade de pautar critérios para regular o interesse significativamente parcial, daí se atribuindo a um terceiro imparcial o controle argumentativo manuseado por intermédio da perícia.

Esse raciocínio não se resume ao fenômeno da *denominada* prova pericial. O modelo institucional americano é excepcional porque o juiz ou o jurado são eleitos ou escolhidos de maneira peculiar, ou seja, eles não estão encerrados em uma estrutura de funcionalismo burocrático como acontece no esquema judiciário brasileiro. Mirjan Damaška³¹⁹ efetua a distinção entre um sistema coordenado e um sistema hierárquico de poder sendo que, no primeiro, os órgãos judiciários *não* são concebidos como independentes dos indivíduos. Em realidade, os sujeitos nomeados são escolhidos dentre advogados ou profissionais experientes que adquirem a autoridade judiciária, mas eles mantêm uma relação de maior paridade em relação aos demais, tudo como fruto do igualitarismo, do liberalismo e do populismo da tradição americana³²⁰.

³¹⁸ *A prova pericial...*, cit., p. 78. Salientando o caráter cultural das instituições, Oscar Chase salienta que nos tribunais norteamericanos um perito normalmente comparece para depor em favor da parte que o nomeou. Um reflexo do excepcionalismo do judiciário americano que reúne aspectos como o liberalismo, o pluralismo, o individualismo e o populismo. Ver CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual: sistema de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Trad. Sergio Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 99/100.

³¹⁹ DAMAŠKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del estado* (análisis comparado del proceso legal). Trad. Andrea Morales Vidal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 37/47.

³²⁰ Michele Taruffo refere que o júri americano foi o endereço inicial do enunciado standard acima da prova razoável. Isso denota o autêntico *desequilíbrio estrutural* entre as partes no processo penal cujo vértice valorativo preordena princípios como a presunção da inocência, a plenitude da defesa e a dúvida em favor do réu. O processo civil não denota tal *desequilíbrio estrutural*. De qualquer maneira, em processo penal, a tentativa de evitar os erros é uma força *política e moral*, na prática, uma profissão de fé – o autor é crítico do júri e assinala em mais de um ensaio que a desnecessidade de motivar não permite uma calculabilidade e um controle sobre a soberania do júri. O juízo dos jurados é decorrente de uma *crença* efetuada por leigos, uma questão quase profética. Ver TARUFFO, Michele. Tres observaciones sobre “por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, de Larry Laudan. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derechos, n. 28, ano 2005, p. 117/120.

Uma questão cultural distinta da brasileira na qual o juiz passa em um concurso público e da noite para o dia assume a “autoridade da razão” de chefiar órgão jurisdicional com notória assimetria em relação aos demais sujeitos processuais. O juiz é um autêntico servidor público ligado mais ao Estado que ao *populismo*, o que permitiria ancorar a nomeação do perito ou do juiz em um regime burocrático. Na prática brasileira o juiz é a encarnação³²¹ do Estado e se trata de uma figura superpartes, assim, parece que o manuseio de elementos referentes ao erro (dúvida) e à falibilidade da jurisdição não permite simples importação de soluções *desde cima das experiências* americanas através dos enunciados standards, mas identificar na função do processo justo o fundamento para uma graduação ou para o escalonamento das intensidades dos contextos probatórios.

O capítulo derradeiro tem essa pretensão. O distanciamento ou a universalidade da *natureza jurídica da questão* discutida influencia a intensidade da prova para algo ser “reputado como provado”. Esse fator não depende da mera previsão legal, mas também da posição jurídica dos sujeitos que é identificada pela categoria metaprocessual do *interesse*. Finalmente, a *técnica* que se instrumentaliza para alcançar a tutela dos direitos serve de pauta que mensura determinado encargo, valendo como critério de ponderação entre os interesses em disputa.

Assentado que a epistemologia consiste em atividade valorativamente neutra que contextualiza e reúne elementos para a tomada da decisão sobre a prova, fica pendente examinar esses critérios que estruturam o método para escalonar standards da prova. Afinal, o fundamento e o sentido dos standards da prova servem para dividir o risco da falibilidade judiciária entre as partes, desde então graduando em diferentes escalas a intensidade probatória para que “algo seja reputado como provado”.

Notório que os standards da prova possuem uma imediata função política que se *autorreferencia com uma metodologia* que organiza sistematicamente os elementos que consubstanciam os enunciados standards – a função influencia e também é influenciada pelo método de separação dos standards. O critério jurídico se sincretiza ao critério epistêmico, daí permitindo visualizar a intensidade necessária que um contexto probatório deve pesar para reputar uma hipótese como provada.

³²¹ As fontes clássicas exaltam essa característica de personificação da mera vontade estatal o que hoje sobremaneira permite melhor comparar e visualizar a crescente influência da força eminentemente coletiva dos alvires dos seres humanos por sobre a instrumentalidade do Estado. O Estado serve ao ser humano. Ver CALAMANDREI, Piero. El juez y el historiador. In CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argantica, 1945, p. 119/121.

As regras de decisão prática standardizadas apóiam a valoração da prova *desde* a hipótese para o resultado. Para um maior controle das decisões do juiz funcionário público hierarquizado, é salutar uma aposta democrática que seja formada por fatores imanentes à tutela do direito – a *tutela como polo metodológico* do processo e como reação da coletividade contra eventuais arbitrariedades.

No sentido de harmonização das forças sociais que os standards da prova ganham feição em direito brasileiro. Eles partem do esquema da probabilidade-confirmação que contextualiza a hipótese até o momento decisório. O critério jurídico condiciona o trabalho do juiz em termos dos argumentos de prova afirmados e tendo em vista a pretensão de correção institucional – de resto encaminhando a decisão ao mediato acertamento epistêmico.

1 As dimensões da tutela dos direitos como critérios para valoração

O paradigma racionalista da modernidade previa um esquema de atribuições de direitos abstratamente previstos, o que era típico do estatalismo, da codificação e da interpretação³²². A pós-modernidade e suas decorrentes revoluções institucionais, descodificadoras e argumentativas³²³ implicaram uma dinamização das experiências jurídicas, sendo necessário saber lidar não apenas com textos de leis, mas com os valores³²⁴ emanados por um juízo que advém da plataforma jurídica.

Basta observar que o Código de Processo Civil encerra dispositivos em que *determinados objetos servem como critérios para um juízo de valor*. Com efeito, o art. 55, §3º, refere que “serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles”. Outro exemplo está no art. 503, §1º, ao assinalar que a questão prejudicial, a competência e o contraditório efetivo são critérios que valorados produzem a força de coisa julgada. Ninguém duvida que o contraditório consiste em um valor – porém, ele também pode servir como critério de valoração para juntamente com outros critérios serem avaliados em conjunto.

³²² MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 34.

³²³ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial* (fundamentos de direito). Trad. Bruno Miragem. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 41/5.

³²⁴ Pode-se falar em objeto imanente e transcendente do fenômeno jurídico. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Madrid: Editorial Aranzadi SA, 2005, p. 75.

O edifício normativo elenca estruturas que *tem valor* para os fins reputados ótimos pelo Código de Processo Civil. Nos exemplos, salientou-se que para se atingir o valor, alguns seletos critérios devem ser valorados. Robert Alexy³²⁵ salienta que os *valores não se confundem com os critérios que podem ser valorados*. Quer dizer, um valor, para ser concretizado, enseja a análise estrutural (em sentido amplo) que abarca os critérios a serem valorados – algo que deve responder à pergunta “*o que tem valor?*” para ser considerado na espécie. Os dispositivos citados revelam que o Código de Processo Civil assinala a coerência argumentativa enquanto *processo* e enquanto *resultado* como critérios de valoração para as implicações que a norma determina.

Nesse sentido que a tutela do direito é um valor, contudo, para que ela seja identificada como o que é o *melhor* não basta uma mera repetição de textos da lei, antes é preciso perceber *o que é que tem valor em termos estruturais da tutela* – quais as premissas que ela abarca. *Desde dentro* da tutela, necessário raciocinar sobre os *critérios encerrados na tutela* e que podem gerar os efeitos reputados *ótimos*³²⁶.

Se a tutela do direito estabelece uma tendência, é importante perceber *quais fatores* que devem ser observados para influenciarem nesse sentido. A tutela como valor é significativa³²⁷ justamente porque ela realiza a tendência do critério

³²⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 149. Muitas coisas podem ser objeto de valoração – o que consiste em um juízo de valor –, o que *não é sinônimo de um valor em si mesmo*. O valor está no plano axiológico, é aquilo considerado *bom* ou *ótimo*, e pode ser ponderado em relação a outros valores (por exemplo, a segurança jurídica no confronto com a efetividade ou até com a verdade enquanto valor). Em geral, contudo, a legislação elenca bens jurídicos que sirvam como objetos de valoração, daí a importância de identificar tais estruturas (objetos) que são valorados para, assim, resultarem nos efeitos determinados pelo edifício normativo. A tutela do direito é um valor que pode ser ponderada com outros valores. No entanto, a referência à tutela deve ser avistada em termos *estruturais*, quer dizer que remete aos objetos (ou estruturas) que a compõem, estes sim, servem como *critérios de valoração* para produzirem efeitos. A espinhosa questão sobre a objetividade (ou não) dos valores dificulta a visualização (ver Ferrer Beltrán, *La valoración...*, cit., p. 80, rodapé). Tudo sopesado, evidente que os valores podem ser escalonados em premissas e que sirvam de pautas a serem ponderadas (valoradas) para refletirem consequências em graduação de importâncias na separação do risco de erro do julgamento.

³²⁶ A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com a redação da Lei 13.655/18, permite concluir que as valorações devem partir de premissas (critérios a serem valorados), inclusive, com a análise consequencialista. Aliás, isso é pressuposto básico da gnosiologia desde a “guilhotina de Hume”. Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. §1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

³²⁷ Se a filosofia da prova estava sufragada na tríade verdade-erro-decisão, a atual dogmática da prova deve ponderar a verdade-norma-decisão, então se organizando a topologia, a essência e os efeitos da norma com base na força implicada pela tutela.

jurídico dos standards da prova – e sempre está presente uma tendência³²⁸ em qualquer categoria do direito.

Por analogia, imagina-se um pêndulo que jamais tem energia zero. Stephen Hawking assinala que “mesmo em seu estado fundamental, um pêndulo ou qualquer sistema oscilador deve possuir certa quantidade mínima das denominadas flutuações de ponto zero. Elas implicam que o pêndulo não estará necessariamente apontado bem para baixo, mas terá também uma probabilidade de ser encontrado a um pequeno ângulo em relação vertical”³²⁹.

Diferentes forças interagem para uma aparente estabilização das tendências. No fenômeno jurídico, uma série de fatores coexiste para afirmar os valores precípuos. A tendência que a tutela³³⁰ implica, enquanto valor, pode ser avistada por intermédio de uma tríplice dimensão de sua estrutura³³¹ (*critérios a serem valorados*): hipóteses organizadas pela hierarquia das fontes → interesse que se concretiza em repercussão individual ou social da questão → efetivação da técnica instrumentalizada para a concretização da tutela.

A trama inconsútil entre prova-argumento ratifica que o tratamento da prova não se resume ao campo empírico. Para além desse critério epistêmico, também

³²⁸ Edgar Morin concede o exemplo do sistema aberto, como o direito, que sempre está receptivo a influências: “um sistema fechado, como uma pedra, uma mesa, está em estado de equilíbrio, ou seja, as trocas de matéria/energia com o exterior são nulas. Por outro lado, a constância da chama de uma vela e a constância do meio interno de uma célula, ou de um organismo, não estão absolutamente ligadas a tal equilíbrio; ao contrário, há desequilíbrio no fluxo energético que os alimenta, e, sem esse fluxo, haveria desordem organizacional levando rapidamente ao definhamento”. Em termos físicos, embora microscopicamente, ocorre troca energética inclusive nos sistemas que o autor reputou como fechados. No entanto, para fins de comparação com o direito, o exemplo é genial. Ver *Introdução ao Pensamento Complexo...*, cit., p. 21.

³²⁹ *O Universo numa casca...*, cit., p. 45.

³³⁰ A visão moderna da tutela era meramente formal (prisma garantista). Atualmente, a tutela é um valor com desdobramentos positivos, daí se falar em dimensões que estruturam a tutela ou em perfis encerrados na tutela – critérios a serem valorados para produzirem efeitos concretos. Ver MAJO, Adolfo di. *La tutela civile dei diritti*. 4ª Ed. Milano: Giuffrè, 2003, p. 35.

³³¹ Giovanni Tuzet e Jordi Ferrer Beltrán separam os “requisitos metodológicos para formular um standard da prova” e a “razão para formular os standards da prova”. Em primeiro lugar, os critérios que podem ser objetos de valoração devem ser objetivos, intersubjetivamente controláveis e qualificados por uma lógica indutiva. A premissa política ressalta a gravidade de uma condenação injusta ou de uma absolvição indevida, como também assinala a dificuldade de provar determinados casos específicos, fatores que podem ser utilizados como parâmetros para caracterizar a intensidade do standard da prova ou o patamar da corroboração da hipótese. O critério jurídico que abarca o epistêmico define o “grau” de corroboração da hipótese para *reputar algo como provado*. A proposta dos autores se vale de premissas pontualmente distintas, mas chama a atenção para a preocupação de separar eventos ou proposições objetivas que uma metodologia deve ser organizada para a criteriosa valoração da prova, transitando ao encontro da presente tese. Ver TUZET, Giovanni; FERRER BELTRÁN, Jordi. Sulla necessità degli standard di prova per la giustificazione delle decisioni giudiziali. In: https://www.researchgate.net/publication/331701366_Sulla_necessita_degli_standard_di_prova_per_la_justificazione_delle_decisioni_giudiziali, acesso em 06-11-2020, *passim*.

deve ser sopesado o critério jurídico no hiperciclo entre fato↔norma, daí que um critério (jurídico) influencia o outro (epistêmico), mas também é influenciado na volta (em uma relação autorreferente).

Então, a valoração da prova tem como o primeiro *ponto de referência* a categoria ou a natureza jurídica do problema a ser decidido. Um conjunto de normas que abarcam presunções, induções argumentativas, regras de experiências, argumentos inferenciais, técnicas normativas de distribuição dos riscos e encerramento de políticas públicas também ajudam a expressar o coeficiente de argumento de prova *suficiente* para a corroboração da hipótese.

Em segundo lugar, a pós-modernidade determina a ponderação de bens no privilégio de uma posição jurídica – o que permite identificar as necessidades dos direitos, ou seja, um panorama metaprocessual que está além da mera atribuição de direitos, implica o exame do *interesse* e a decorrente repercussão transpessoal da questão. Finalmente, a efetivação da *técnica* instrumentalizada pela tutela assinala o eventual protraimento dos efeitos da decisão no espaço e no tempo, matriz consequencialista que funcionaliza as demais dimensões.

Em síntese, o perfil operativo das *fontes* é cumulado ao perfil estrutural da reatividade dos *interesses*. Ao cabo, está o perfil funcional da *técnica*.³³² Esses critérios são valorados para aferir a tendência da tutela (para qual lado o pêndulo institucional estaria inclinado para repartir os riscos da falibilidade na tomada de decisão sobre a prova). Ou seja, eles encorpam o critério jurídico na valoração da prova³³³, o que influencia na intensidade do enunciado standard.

1.1 A hierarquia das hipóteses no esquema das fontes jurídicas

O perfil operativo pressupõe a natureza das coisas em demanda. *Não* se trata de um cognitivismo que sistematiza uma imputação de direitos em uma espécie de pirâmide jurídica, mas ocorre um ponto de partida na experiência de sistematizar as dimensões da tutela cuja primeira noção consiste em uma *tendência* normativa

³³² O perfil operativo, estrutural e funcional – todos eles – estão encerrados na *estrutura* da tutela, no sentido amplo da *estrutura*.

³³³ Falar em critério jurídico é sinônimo da razão política dos standards da prova. A outra razão ou matriz é de cunho metodológico, mas ela não define as premissas pormenorizadasmente, apenas ressalta a importância transeporial das questões a serem levadas em conta – como o caráter intersubjetivo do critério, a qualidade desse comando ser pré-concebido pelos sujeitos e a utilização da uma probabilidade lógica na sua concretização.

implicada pelas fontes, tão caras em direito continental. A complexidade do ordenamento, fatores como a descodificação e a desestatalização³³⁴ de algumas fontes, com efeito, trazem mobilidade ao ordenamento jurídico. Hierarquizar ou pré-ponderar hipóteses com enfoque inicial no ordenamento é ajustar uma propedêutica de *confiabilidade* aos alvires da tutela do direito.

O paradigma científico avistado no discurso pericial tem como critério inicial a *aceitação geral* que se repercute no pressuposto da *fiabilidade*. Em termos jurídicos, a democracia institucionalizada por intermédio das fontes empresta a propedêutica ao cenário de hierarquia axiológica que harmoniza a natureza das coisas jurídicas. Enfim, a natureza da coisa em demanda é uma construção linguística que reproduz a fusão entre o *ser* com o *dever-ser*, um *tertius virtual*³³⁵. Arthur Kaufmann³³⁶ assinala que se trata de uma solução valorativa condicionada *desde* o legislador, já que as situações gerais são concretizadas pelas decisões. Vale dizer que se trata de uma noção conglobante que não despreza o fato tampouco a norma, antes salienta o *valor que a norma atribui ao fato* estruturando a noção de *tipo* ou de *classe jurídica ideal*.

O tipo³³⁷ é implicado pelo sistema jurídico e abarca uma limitação e uma virtualização: embora a natureza da coisa não seja somente um dado empírico-real, ela repercute algo da realidade, então se fala do seu conteúdo lógico com o caráter imanente-limitador. Quer dizer que isso é catalisado pela idéia de direito que a norma incidente à realidade emplaca, na medida em que a partir da incidência da norma o valor que consiste no efeito jurídico condicionado pela norma repercute virtualmente na natureza da coisa³³⁸.

³³⁴ Regras de controle podem ser desestatalizadas como, por exemplo, as de *compliance*.

³³⁵ KAUFMANN, Arthur. *Analogia y "naturaleza de la cosa"* (hacia una teoria de la comprension jurídica). Trad. Enrique Barros Bourie. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1976, p. 91.

³³⁶ Idem, ibidem, p. 93. No mesmo sentido, ver LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamago. 7ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 655 e seguintes, quando ressalta o caráter arquetípico ou modular do tipo no alvitre de aproximar o conceito geral-abstrato à realidade.

³³⁷ Os tipos ideais nesse quadrante metodológico não são apreendidos como meras descrições da realidade, mas eles são *ferramentas utilizadas para analisar a realidade*. Apesar da natureza abstrata, tornam os desdobramentos sociais em alguma medida empíricos, tal como se apresenta uma experiência de confronto entre o conhecimento e o desconhecido. Citando Max Weber, Bauman refere que os tipos ideais são “abstrações que tentam apreender a singularidade de uma configuração composta de ingredientes que não são absolutamente singulares, e que separam os padrões definidores dessa figuração da multiplicidade de aspectos que a configuração em questão compartilha com outras”. Ver BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo* (a transformação das pessoas em mercadoria). Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 39.

³³⁸ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*, vol I. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 122/3 e 129.

A organização das coisas jurídicas pelas fontes cujo suporte prevê hipóteses reflete a propedêutica da *fiabilidade* que a gravidade do prejuízo decorrente da falibilidade institucional pode ensejar³³⁹ – as normas estruturam as equipolências ou os desequilíbrios processuais e relacionais. Enquanto medida de compensação³⁴⁰, democraticamente pautada em normas, o sistema estabelece uma série de tendências para salvaguardar a *correção moral* da igualdade por intermédio da ponderação dos bens jurídicos e das posições jurídicas em confronto. MacCormick³⁴¹ assinala que os juízes precisam fazer justiça de acordo com o sistema legal, logo, os *textos da legislação* fornecem um esboço de premissa inicial a ser valorada.

Ainda, o critério que advém das fontes pode ser otimamente avistado quando aparelhado nos dois elementos indicativos³⁴² que o reforçam: a *difficuldade na produção de uma determinada prova* e o decorrente *caráter substancial-preclusivo da possibilidade de provar*.

Os exemplos podem partir dos extremos. Os sistemas das normas civis e penais (Código de Processo Civil e Código de Processo Penal no diálogo com o Código Civil e Código Penal) regulamentam de maneira geral duas pautas de vértice, que se refletem em termos de enunciados standards: o standard da preponderância da prova, para questões referentes a posições jurídicas civis equidistantes em matérias patrimoniais e, de outro lado, o standard da prova acima da dúvida razoável, para evitar que um julgamento criminal seja baseado em dúvida acerca da culpabilidade do sujeito, já que o princípio informador constitucional é pela presunção de inocência das pessoas.

Além dessas extremidades, em termos de standards, o direito permite visualizar outras situações que privilegiam determinada posição ou situação jurídica, o que acaba por interferir na dinâmica reservada à prova como argumento. Esse fenômeno

³³⁹ Se um standard da prova é mais intenso para um lado, quer dizer que ele é menos intenso para outro lado. Essa ambivalência sopesa os prejuízos que refletem escolhas políticas que os riscos de uma decisão inverídica (*rectius*: injusta) privilegia.

³⁴⁰ A compensação instrumentalizada por normas ou por decisões vislumbra uma coordenação entre as fontes, tratando de uma customização valorativa das posições jurídicas. A compensação pode ser elaborada em todas as instâncias das atribuições públicas desde o Legislativo, passando pela Administração até o Judiciário. Ver DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3ª Ed. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 343 e seguintes.

³⁴¹ MACCORMICK, Neil. A coerção da justiça formal. In MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 93.

³⁴² O critério é uma medida de comparação entre dois sujeitos ou bens para atingir determinada finalidade. O elemento indicativo do critério se trata de um suporte empírico que confere sustentabilidade ao critério. Ver ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 48/9. Em realidade, a natureza da coisa ou a *natureza das hipótese conforme o direito* desenvolve um círculo hermenêutico: em primeiro lugar, pelas circunstâncias reputadas importantes em termos de proteção; em segundo lugar, essa mesma norma devolve em termos de funcionalidade as relações sociais implicadas pela “coisa” ou pelos “fatos” protegidos. Ver Guido Alpa, *I principi...*, cit., p. 277.

decisório parte *desde* o ato legislativo, passa pelo ato administrativo até se desenvolver ao ato judicial. As fontes afirmam diretrizes *desde* a Constituição³⁴³, o que pode se verificar em um caráter não exaustivo³⁴⁴. Observa-se que a Constituição determina prevalência de cuidados aos menores de idade, bem como aos idosos³⁴⁵, pessoas cuja vulnerabilidade é pressuposta (arts. 227 e 230). As normas de caráter fundamental implicam a necessidade de políticas públicas e a previsão de dispositivos que tutelem essas classes de indivíduos, naquilo que as respectivas peculiaridades os aproximam.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.060/90) elenca uma série de prerrogativas e benefícios aos menores de idade – inclusive, no tocante ao ato infracional. O Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003) também arrola dispositivos que amplificam a tutela dessas pessoas, sendo que ambos os conjuntos de normas, por questão de opção política-valorativa, rebaixa o ônus argumentativo, seja em se comparando ao equilíbrio estrutural das questões comumente organizadas pelo formalismo do Código de Processo Civil, seja pelo desequilíbrio estrutural que os princípios informadores do Código de Processo Penal implicam.

Na defesa do consumidor, a Constituição determina que o “Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (art. 5º, XXXII). A partir desse comando, o Código de Defesa do Consumidor organiza uma série de normas para orientar políticas e até mesmo assinalar as tendências da decisão judicial, no sentido de proteger a posição jurídica do consumidor. Isso *customiza o rebaixamento*

³⁴³ O caráter fundante dos direitos confirma o discurso prático da ética e hoje está firmado na Constituição. Porém, todos os direitos estão previstos constitucionalmente? Nem todos, mas o importante é que de antemão está suposta a posição jurídica do sujeito do direito na perspectiva do interesse e avistando a técnica que será empregada para instrumentalizar a tutela. Nesse sentido de *acordos básicos* está a importância de uma impositação hierárquica das fontes, já pensando na dinamização que ocorre quando se dialoga sobre as demais dimensões da tutela. Ver LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da Decisão Judicial* (fundamentos de direito). 2ª Ed. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 102.

³⁴⁴ As determinações constitucionais prevêm a estrutura fundamental da sociedade. Se é certo que a Constituição enfatiza a liberdade econômica, o direito de propriedade, a liberdade profissional, o sigilo, a liberdade de imprensa, a economia de mercado, dentre outros, é necessário ter presente que tais valores são ponderados para, assim, resultarem em uma solução de privilégio concreto. Uma questão é o sopesamento concreto entre os valores aparentemente conflitantes, outra situação é a valoração dos bens jurídicos que determinada posição jurídica pode ensejar, quando *não* estão em conflito dinâmico. Nesse último aporte que se destaca a funcionalização dos standards da prova. Ver ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado democrático constitucional. In ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. 2ª ed. Org. e trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 129. A hierarquia programada é de caráter axiológico, ela não se trata da mera previsão em texto, antes de uma precedência condicionada pelos valores coerentes ao ordenamento. Ver GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare...*, cit., p. 169.

³⁴⁵ O art. 39, IV, do CDC é uma norma de sobredireito que estabelece os fatores que ensejam uma maior proteção decisória – tendo em vista a idade, a saúde, o conhecimento ou a condição social (dentre outros aspectos de vulnerabilidade), as pessoas devem ser protegidas argumentativamente: incluído o acervo probatório como argumentação.

argumentativo a um mínimo patamar, a ser provado por parte do consumidor, daí se deslocando a necessidade de ancorar a narratividade em provas mais robustas, da posição do consumidor para a posição jurídica do fornecedor (este último é que fica onerado com uma intensidade de provar mais ostensiva). O pêndulo de privilégio da posição jurídica já está inclinado em benefício do consumidor. A *presunção*³⁴⁶ não se confunde com o argumento de prova, entretanto, quando um estatuto que sistematiza uma série consistente e coerente de presunções, o modo de ver as questões jurídicas acaba influenciada, porque certamente a tendência legislada se reflete na “aceitação” do julgador quanto ao ambiente probatório e tais momentos não podem ser diametralmente afastados, embora o núcleo discricionário da valoração da prova permita um espaço de jogo. Os *standards da prova como regra prática de decisão* emprestam previsibilidade à valoração da prova, tendo em vista que eles reproduzem um *paradigma* que é antevisto pela *força democrática* que implica força normativa às tendências em disputa.

O Código de Trânsito Brasileiro expressa normas que privilegiam determinadas classes de sujeitos. É muito clara a primazia dos pedestres no regime do trânsito. Isso chega a ser parte do senso comum (justamente, uma fonte jurídica é decorrente de um hábito geral da comunidade). Assim como se destaca a responsabilidade adensada para os condutores de veículos em condições especiais, a depender da respectiva *posição* geográfica na pista de tráfego ou a depender da categoria de veículo, conforme *aquilo que de comum acontece* nas vias públicas (art. 26 e seguintes). O legislador repete na lição positiva os fatos que a vida diuturnamente anuncia em ocorrências jurisprudenciais (*ex facto ius oritur*). E quando a própria lei predispõe uma posição de vantagem para alguém, isso já demonstra que desarticular tal índice de normalidade derivativa requer maior esforço de argumentação, salientando que provar é argumentar, lembrando que o pêndulo nunca está em um eixo zero (sempre tem uma inclinação). Daí que tudo indica que a posição do pedestre ou a posição do veículo que possui o *melhor amparo no tráfego* encerra, proporcionalmente, menor dever de provar – pela *teoria do balanço*, então, menor ancoragem argumentativa de sustentação da vantagem pressuposta.

³⁴⁶ A presunção é conceitualmente diversa do enunciado standard. Ocorre que um sistema que preordena diversas presunções antevem uma autêntica metodologia para aplicar o direito. Hermes Zaneti Jr. ressalta que a presunção *hominis* é utilizada como “probabilidade interna (relação entre a hipótese e as provas que a convalidam, na perspectiva da tópica”. Ver ZANETI JR. Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e procedimento probatório. *Revista de Processo*, 116, ano 29, julho-agosto de 2004, p. 366.

O importante é verificar a posição da narração no cotejo dialogal com a virtualidade prevista pelas normas – o caráter positivo ou reativo da narração, a depender da posição jurídica (se consumidor ou se fornecedor, se pedestre ou se condutor, dentre outros), na virtude da *tendência que o sistema implica* encerra um maior ou menor dever de provar-argumentar, em decorrência, um maior ou menor standard da prova a ser encarregado ao sujeito. Evidente que tal maneira de observar a experiência jurídica pode sofrer ataques, porque se pode conjecturar que a “verossimilhança não faz prova da verdade”.

Ocorre que não se está marcando veredictos, mas elaborando os fatores com supedâneo nas dimensões da tutela que ajudam a firmar a *regra prática da decisão* (standards da prova) para *distribuição dos riscos de falibilidade* institucional no momento da valoração da prova – o que é coisa bem diferente que julgar com a verossimilhança (embora possa ocorrer uma assimilação por verossimilitude em questões de inesclarecibilidade). A probabilidade se vale do *quod plerumque accidit* na rotina dos julgamentos, porém, os particularismos razoáveis podem apontar um desvio de rota (defesas *ad hoc*). Inclusive, porque a verdade como coerência é um critério para chegar na verdade como correspondência. O foco é avistar que nesse desvio de rota a intensidade da prova deve ser maior, enquanto na derivação de hipóteses, a intensidade da prova pode ser arrefecida na tendência da tutela, porque o pêndulo já está inclinado para a proteção de determinada posição jurídica.

Em delitos *quase-criminais* que ensejam penas graves a servidores públicos, por exemplo, é necessária uma prova clara e convincente da prática dos fatos, a despeito do caráter aberto de algumas normas. A improbidade administrativa (art. 37, §4º, Constituição e Lei 8.429/92) estabelece sanções severas aos indivíduos condenados nessas situações. Então, a salvaguarda da dignidade deve ser sopesada ao ímpeto da condenação. Mesmo raciocínio que resulta em um implemento do argumento probatório em processos administrativos disciplinares de servidores públicos³⁴⁷, em geral, tendo em vista que a estabilidade do serviço público se cuida de um valor que deve ser protegido das pontuais ingerências punitivas.

³⁴⁷ Diversos princípios materiais e processuais são aplicáveis, tanto ao processo penal como ao processo administrativo disciplinar, tendo em vista a natureza punitiva desse último. O standard da prova segue tal encaminhamento na virtude de ser orientado por critérios que pautam o sistema jurídico como uma totalidade vertical a uma adequação valorativa. Ver SILVA, Cristiane Campos de Figueiredo. Da incidência de *princípios do Direito Penal sobre o poder disciplinar* da Administração Pública. *Fórum Administrativo – FA*. Belo Horizonte, ano 18, n. 209, p. 36 e seguintes, jul. 2018.

Finalmente³⁴⁸, o meio ambiente tem especial proteção constitucional (art. 225) e legal (Lei 7.795/89 e 9.605/89). Logo, o standard da prova atrelado a princípios como a prevenção e a precaução rebaixa a necessidade de uma argumentação clara e convincente, ainda que disso possam resultar responsabilidades civis e administrativas às pessoas (ressalvado o caso penal). Ocorre que prevalece o interesse coletivo sobre o individual, em especial, no tocante à expectativa legítima das futuras gerações, o que faz pesar as hipóteses em favor de uma amplificação de tutela da preservação do meio ambiente enquanto fenômeno que não pertence a uma ou a outra pessoa. Daí que o caso concreto, levando-se em conta a dimensão dos danos e outras circunstâncias, pode remeter a variações acerca da standardização – a preponderância de provas ou prova clara e convincente (a visão de conjunto das três dimensões da tutela permite avistar a solução).

*Não se trata de empregar uma hierarquia como uma noção que “envolve uma relação linear entre duas normas separadas semanticamente, de tal sorte que uma delas se sobrepõe à outra”*³⁴⁹. Uma argumentação é suficiente, a depender da coerência normativa que o sistema jurídico estipula³⁵⁰, observando-se o diálogo entre as fontes que regulamenta a precedência condicionada de determinados bens jurídicos que servem como objetos de valoração³⁵¹.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Trânsito Brasileiro, a Lei Maria da Penha, as normas gerais do Código de Processo Penal e do Código Penal, a Lei de Improbidade, o desequilíbrio estrutural decorrente dos axiomas de direito público, as normas do direito de família, o equilíbrio estrutural decorrente das normas de direito patrimonial, as normas de direito empresarial, enfim, todas elas compõem um sistema coordenado *desde* a Constituição. No enfoque do caso concreto, aparelhado pelos referidos elementos indicativos, as fontes apontam a tendência que o

³⁴⁸ Todos os exemplos não caberiam no texto. Basta imaginar a dogmática do direito público e a presunção de legitimidade dos atos administrativos e do procedimento tributário, dentre outras espécies, como o caso de procedimentos especiais que protegem situações ou pessoas em situação de vulnerabilidade (Lei 11.340/06).

³⁴⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios* (da definição à aplicação dos princípios jurídicos). 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 167.

³⁵⁰ O sistema é capaz de reproduzir (resultar) como unidade aquilo que utiliza. A unidade resulta da circularidade e da recursividade imanentes ao hiperciclo dessa conexão auto-organizada, autorreprodutiva dos próprios elementos – é um produto, não uma premissa. Ver TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 4/10.

³⁵¹ Robert Alexy, *Teoria dos direitos...*, cit., p. 149/153.

direito de antemão reforça para a ancoragem discursiva do argumento-prova (fatores para a *inclinação* do pêndulo, sendo que a decorrente *desinclinação* é mais trabalhosa).

Novamente se ressalta que não se trata de confundir as presunções legais com a problemática dos standards da prova. Tampouco se trata de fundir a perspectiva objetiva do ônus da prova (critério de desempate) com uma regra prática de decisão cujo fundamento está na divisão do risco da falibilidade institucional – o ônus da prova é um encargo modulado pela ausência de contexto probatório suficiente. A natureza das coisas jurídicas aparelha princípios informadores³⁵² que *desde as fontes positivas* estão encerradas em uma *metodologia* da decisão judiciária que vai dizer *como atingir* e *qual o grau* de suficiência do contexto probatório para se reputar algo como provado.

A dinamização da tutela prossegue na identificação do interesse que assinala as novas facetas dos direitos entabulados – ou as novas dimensões a serem tuteladas pelos direitos. Em termos da posição jurídica que na prática é ativista (posicional) ou reativista, o interesse é multifacetado e metaprocessual, então permitindo avistar concretamente a repercussão social ou individual dos direitos.

1.2 O interesse que se concretiza na repercussão da questão

O Estado Constitucional *amplifica a força dos direitos (aspecto ilocucionário)* para que sejam protegidas posições jurídicas que ora transcendem a figura de *um* (único) determinado sujeito. A categoria metaprocessual do interesse equivale a uma *amostragem* contemporânea da experiência jurídica, já ela que pode ser elástica ou desdobrada desde o nível micro até o macrodinâmico.

Assim como a natureza das coisas jurídicas, as formas de tutela dos direitos podem ser compreendidas em um sentido amplo, *desde* o Legislativo, *desde* a proteção Administrativa e até o movimento Judiciário. O interesse é categoria que faz disparar uma forma peculiar do desdobramento das *necessidades do direito material*. O conceito decorrente do edifício de harmonização de um direito serve como ponto de

³⁵² Nieva Fenoll discute sobre a natureza jurídica da presunção de inocência, ressaltando que não se trata de regra decorrente do ônus da prova, antes consiste em um princípio informador de todo o processo penal. De fato, essa norma reestrutura o sistema interacional dialético do processo penal e determina um inicial desequilíbrio estrutural do mecanismo em benefício do acusado. Ver *La duda en el proceso penal...*, cit., p. 68, 75 e 132. No mesmo sentido, ver PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos* (a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos). São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 17.

partida, mas diversos interesses multifacetados podem ser desencadeados a partir dessa previsão.

Tratando em primeiro lugar do aspecto da proteção implicada pelo direito material, Luiz Guilherme Marinoni refere que “o Estado tem o dever de proteger os direitos fundamentais, entre outras maneiras mediante a instituição de normas de proteção. Por isso, edita normas que proíbem ou exigem condutas para dar proteção ao meio ambiente ou aos consumidores, por exemplo”³⁵³. O próprio autor³⁵⁴ refere que “as *formas de tutela* são garantidas pelo direito material, mas não equivalem aos direitos ou às suas necessidades. É possível dizer, considerando-se um desenvolvimento linear lógico, que as *formas de tutela* estão em um local mais avançado: é preciso partir dos direitos, passar pelas suas necessidades, para então encontrar as *formas* capazes de atendê-las”.

O foco metaprocessual do interesse é ainda *desde* o plano pré-processual.

O interesse consiste em um fenômeno que aproxima a concretização da maneira de ver as coisas jurídicas, a partir dos bens a serem tutelados e conferindo proteção a posições jurídicas no hiperciclo que os fatos e as normas ensejam. Adolfo di Majo³⁵⁵ salienta que o âmbito da tutela é melhor avistado com o entendimento do interesse, ao invés da clássica separação entre direitos subjetivos ou direitos objetivos. Nesse sentido que o interesse tem duas faces mais flexíveis porque concretas: o *bem jurídico* é apreendido no sentido amplo e dúctil, como algo que compreende qualquer utilidade à civilidade, assim como ele se expressa na relação de *precedência condicionada entre os sujeitos*, em decorrência do referido bem jurídico em uma solução que dinamiza as posições jurídicas.

O autor³⁵⁶ salienta esse caráter dinâmico do interesse na medida em que esse instituto tem uma maneira aparentemente ativista ou reativa de se apresentar. Diferente do direito subjetivado, o interesse não se resume a uma imposição conceitual ao *modus* cognitivista. O interesse se desdobra no modelo e na forma de proteção da posição jurídica, por isso que um direito de propriedade, quando atacado, pode resultar

³⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil* (Teoria Geral do Processo), vol. I. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 32. A tese de Marinoni é revolucionária porque, em um livro de processo, praticamente a metade do escrito é destinado a salientar as formas de tutela – devidas pelo direito material. Evidente que algumas dessas formas de tutela demandam a reserva jurisdicional para a proteção, daí o autor explica a “técnica processual” como algo flexível, exemplificativo e casuísta para satisfazer a tutela do direito (que é a função precípua do processo).

³⁵⁴ Idem, *ibidem*, p. 248.

³⁵⁵ Adolfo di Majo, *La tutela civile...*, cit., p. 71.

³⁵⁶ Idem, *ibidem*, p. 21.

em um interesse indenizatório, um interesse de reivindicação, um interesse de inibição de agressão, dentre outras formas de proteção (efetiva forma de tutela específica). Enquanto categoria metaprocessual, portanto, o interesse é fenômeno multifacetado que explicita a concretização da respectiva aplicação – ele está entre a hipótese prevista pela natureza do direito decorrente das fontes e a técnica que concretiza a tutela. Não existe um esquema homogêneo de *interesse legítimo*, assim como supostamente existia um modelo de direito subjetivo³⁵⁷ outrora resumido às implicações decorrentes dos textos estatais.

Uma sistematização dos interesses, então, pode ser analisada naquilo que a concretização das posições jurídicas permite avistar, levando em conta a idéia central do bem jurídico a ser tutelado e na perspectiva do sujeito que pode se valer dessa prerrogativa (a proeminência da posição jurídica de alguém em detrimento de outrem) – ambos compõem a posição jurídica de relevância que *desde* o direito material explicita o que se tem denominado como *necessidade do direito*. Isso é questão pré-processual que, conforme salientado no confronto dinâmico entre atividade *versus* reatividade, pode se modificar sem perder, contudo, o caráter metaprocessual.

Por entre a necessidade do direito e a técnica, para colmatar esse *gap*³⁵⁸, o interesse respalda uma série de medidas. Ele faz abandonar uma visão reducionista que partia da dicotomia entre direito subjetivo e direito formativo – e resultava na classificação ternária das ações –, para estruturar a tutela a partir do direito no plano material: a tutela que protege contra o dano e a tutela que protege contra o ilícito.

O interesse se concretiza por intermédio de dois elementos indicativos³⁵⁹: o caráter *coletivo ou individual* do bem jurídico a ser protegido e, ainda, o caráter *indisponível ou disponível* desse bem jurídico que está encerrado na posição jurídica.

Justamente, Andrés Páez afirma que existe o entrecruzamento dos diversos níveis em que é graduada a concretização das coisas jurídicas: (a) um primeiro nível *micro* que implica decisões acerca de sujeitos individuais e determinados; (b) um nível *médio* que estabelece diretrizes a partir de uma classe de sujeitos com circunstâncias comuns que os ligam; e (c) um nível *macro* cujas decisões encerram políticas públicas que comandam determinações gerais que, em linha de princípio, devem ser respeitadas pelos demais agentes. O estudo de Andrés Páez que se vale de uma

³⁵⁷ *La tutela civile...*, cit., p. 24.

³⁵⁸ *Idem*, cit., p. 13.

³⁵⁹ *Estándares múltiples de prueba...*, cit., p. 144.

crítica dos conceitos-chave em diagnósticos e prognósticos científicos gradua os umbrais de enunciados standards em medicina do direito, que também são aplicáveis na tomada da decisão judiciária e evidenciam a flexibilidade na concretização do interesse.

Ocorre uma aproximação entre o *edifício jurídico e a posição jurídica*, no alvitre de melhor aparelhar a fruição dos bens jurídicos conforme os valores imperantes do sistema jurídico. Portanto, quanto mais próximo da liberdade, da igualdade e da solidariedade, por exemplo, maior o grau de equipolência *coletiva* e, por decorrência, *menor o coeficiente da disponibilidade*. Em direito penal, em direito administrativo ou tributário, em situações sobre estado de pessoas em direito de família, em questões sobre a organização do tráfego, no direito de trânsito, que regula os movimentos de veículos automotores, na versão transindividual do direito do consumidor, na proteção do idoso e das crianças, os interesses multifacetados, em regra, assumem um caráter de generalidade e de indisponibilidade. Isso interfere na graduação da intensidade da prova.

No somatório de influências até agora citadas que afirmam a tendência do pêndulo da tutela, com efeito, vale dizer que para manter um estado de coisas, o ônus argumentativo é rebaixado a depender da universalidade da e da indisponibilidade do interesse. Agora, esse rebaixamento deve ser avistado metodologicamente, a depender da função *ativista* ou *reativa* da pretensão (ou seja, em nível de concretização): por exemplo, para desarticular o princípio informador da presunção de inocência, no paradigma do Estado punitivo que acusa em processo penal, é necessário uma prova acima da dúvida razoável; de outro lado, para um grupo de consumidores ou potenciais consumidores vítimas de acidente de consumo, a prova pode ser preponderante ou até mesmo uma mínima atividade probatória – o que vai depender da influência que a *técnica* determinada pela tutela pode ajudar na conformação do estado de coisas conforme o sistema.

Conseqüentemente, interesses *individuais* e *disponíveis* são reflexos de valores mais afastados da liberdade, da igualdade e da solidariedade. Evidente que a proteção do patrimônio também é direito fundamental, todavia, é situação que pode ser sopesada em igualdade de condições com outra posição jurídica que discuta sobre o bem jurídico, não existe um pressuposto de equilíbrio estrutural entre os contendores. Logo, a disputa sobre a cobrança de uma dívida – por ser interesse individual e disponível – depende de uma preponderância de provas. Assim como uma questão de partilha de bens, em direito de família (quando não envolve menores) também é matéria

a ser ponderada em igualdade de condições. Os fatores de tendência da tutela são propulsionados conforme a força motriz das *multifacetas do interesse*, conforme a maior ou menor aproximação do interesse em relação aos valores precípuos do sistema jurídico. Embora os fatores se entrecruzem com as demais premissas, eles podem ser sistematizados. Basta observar que se houver interesse de menor, pessoa com deficiência ou idoso, nessa questão da disputa em partilha de bens patrimoniais, o standard da prova pode sofrer modificações, tendenciando o pêndulo para a proteção do vulnerável (a preponderância de provas ficaria mitigada em benefício do vulnerável).

Um bem jurídico ambiental pode estar em perigo e obviamente que isso se trata de uma situação que desperta interesse coletivo. Ocorre que a solução compensatória pode fazer pensar em uma suposta disponibilidade ou substitutividade desse bem jurídico, o que seria subsidiário em termos éticos e jurídicos, mas na prática é o que se tem a fazer (imagina-se o dano causado por uma queimada). De qualquer maneira, o importante é consolidar que um interesse dessa envergadura transcende uma geração, ele perdura e gera efeitos a todos os seres humanos, quer dizer que a tutela do direito ambiental em posição de guarda ativista, embora possa se valer de eventual técnica compensatória (ressarcitória e reparatória), no mais das vezes implica um standard de preponderância de provas, considerada a envergadura social da questão.

No direito penal a dogmática afirma que o standard da prova é *sempre* o da prova acima da dúvida razoável. Será que a complexidade das questões penais se resolve assim mesmo? O standard da prova em questões penais é *sempre* igual?

Respeitadas as posições em contrário, o fator da técnica (o perfil funcional) mitiga essa leitura, porque a técnica faz dialogar a natureza das coisas com o perfil estruturado pelo interesse – o interesse consiste em uma fenômeno dinâmico que preenche o entrelugar (o *gap*) composto pelas hipóteses do sistema e as técnicas instrumentalizadas para a efetivação da tutela. Em outros termos, o interesse concretiza dinamismo desde a necessidade do direito até a salvaguarda da tutela, já preordenando o que lhe deve servir de técnica efetiva. Por decorrência, a técnica atende ao interesse permite distinguir diferentes intensidades de standards da prova.

Uma função derradeira e objetivada pela técnica desde o direito material.

1.3 A efetivação da técnica instrumentalizada pela tutela da posição jurídica

O perfil funcional consiste no exame da *efetivação da técnica* de proteção da posição jurídica, na medida em que ocorre a preordenação de meios para alcançar determinada finalidade³⁶⁰ apontada pelo sistema jurídico. Segundo Karl English, o conteúdo valorativo (ético-jurídico) é que define o fim a ser perseguido pelo direito (a tutela), mas “a técnica é moralmente indiferente ou, para ser mais exacto, ela recebe a sua significação moral da moralidade ou da imoralidade dos fins a cujo serviço se coloca”³⁶¹. Uma separação que até pode ser questionada no atual quadrante do Estado Constitucional, porque o direito se aproxima da moral e merece uma ótima coalizão metodológica entre meios e fins.

Contudo, o importante é perceber que todos os compartimentos jurídicos providenciam instrumentos para a consecução dos valores que lhe são caros. Se as normas do direito constitucional, administrativo, penal, civil, processual, ambiental, tributário, dentre outros campos jurídicos privilegiam posições jurídicas enquanto racionalidades públicas, por decorrência, deve haver uma política de concreção de meios para o atingimento desses objetivos. Ou seja, a técnica encerra a síntese entre o sistema e a forma, uma comunicação entre a teoria e a prática³⁶² para a concreção de resultados.

A despeito de se falar em processo judiciário como uma metalinguagem de caráter técnico (considerada a indisponibilidade da jurisdição³⁶³ para várias medidas que requerem a reserva interventiva do poder judiciário), os interesses tutelados pelo direito material em termos fungíveis e *desde* o próprio direito material também são traduzidos sistematicamente por técnicas adequadas³⁶⁴. A maneira como elas se desdobram acaba influenciando a tendência do critério jurídico abarcado pelos standards da prova.

³⁶⁰ Ver Joser Esser, *Precomprensione...*, cit., 62/3. A orientação motivacional dos standards da prova desempenha função procedimental heurística e justificacional (subentendidas pela razão política). A política e a epistemologia dos standards fundamentam e organizam as premissas que estruturam uma graduação da intensidade dos standards. Ver Gascón Abellán, *Sobre la posibilidad...*, cit., p. 137 e seguintes.

³⁶¹ *Introdução ao pensamento...*, cit., p. 49. No mesmo sentido, “as técnicas, embora sirvam ao valor, não podem ser com ele confundidas”, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo...*, cit., p. 172.

³⁶² Adolfo di Majo, *La tutela civile...*, cit., p. IX e p. XVIII.

³⁶³ A reserva jurisdicional é imprescindível em geral no quadrante da *exequibilidade*, mas em nível de *exigibilidade* e *atendibilidade*, o direito material pode dispensar o processo.

³⁶⁴ “A mais básica forma de tutela dos direitos é constituída pela própria norma de direito material. A atividade administrativa, nessa mesma linha, também pode contribuir para a prestação de tutela aos direitos. A tutela jurisdicional, portanto, deve ser compreendida somente como uma modalidade de tutela dos direitos. Ou melhor, *a tutela jurisdicional e as tutelas prestadas pela norma de direito material e pela Administração constituem espécie do gênero tutela dos direitos*”. Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual...*, cit., p. 112.

A técnica³⁶⁵ comumente utilizada no direito é a coerção que pode ser direta ou indireta. A coerção direta consiste em mecanismos de subrogação pelo qual o Estado avança contra o patrimônio dos indivíduos, praticando a expropriação de bens e direitos para a satisfação da tutela. Não é momento de pormenorizar, em termos de teoria do direito, as peculiaridades dessa técnica, porque então se poderia problematizar acerca da subrogação e da coerção direta propriamente dita³⁶⁶. Nesse ponto, o importante é indicar que tanto o direito civil como o direito penal se valem de técnicas peculiares – uma multa aplicada pela sentença criminal, por exemplo, ainda que tenha um *fundamento* sancionatório³⁶⁷, na prática, ela se efetiva como uma dívida de valor e deve ser executada na mesma modalidade que a legislação civil prevê: com a expropriação de bens.

Salienta-se que a técnica não é operação adstrita ao processo judiciário, ela já pode ser prevista em contratos ou em outros institutos desde o direito material, embora a força executiva de cobrança, em geral, seja decorrente da reserva jurisdicional. Por exemplo, uma multa condominial pode ser imputada pelo síndico, mas a cobrança *coercitiva* é instrumentalizada pelo Judiciário.

A coerção indireta³⁶⁸, de outro lado, não avança verticalmente sobre o patrimônio das pessoas, mas utiliza mecanismos que forçam o cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer (ainda que seja obrigação de pagar dinheiro, vide as medidas “atípicas” exemplificadas no art. 139, V, do CPC). O legislador tem conferido um tratamento fungível às técnicas, na atualidade, nesse sentido que a sistematização é válida para ressaltar que *tanto a legislação civil como a penal* podem utilizar tal

³⁶⁵ O art. 139, IV, do CPC é norma de sobredireito que permite a qualquer juiz determinar medidas para efetivar a decisão. Embora no plano processual, essa peculiaridade denota o primado da tutela do direito que viabiliza uma equação desde as respectivas estruturas.

³⁶⁶ A coerção direta propriamente dita seria utilizada em provimentos reipersecutórios – vale lembrar que, em analogia, o direito penal também pode determinar essa modalidade, quando decreta perdimento de propriedades adquiridas com dinheiro ilícito (lavagem de dinheiro, lei de tóxicos ou até o perdimento de bens determinado em sentença, como produto do crime). Ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 99. O direito administrativo também prescreve soluções de *perfil quase penal*, conforme assinala Adolfo di Majo, porque a administrativização de coerções antecipa a atuação do Estado, daí prevenindo a intervenção criminal em sentido estrito. Ver *La tutela...*, cit., p. 79. No mesmo sentido, ver SILVA, Cristiane Campos de Figueroa. Da incidência de *princípios do Direito Penal sobre o poder disciplinar* da Administração Pública. *Fórum Administrativo*, n. 18, n. 209, julho de 2018, p. 36 e seguintes.

³⁶⁷ O embasamento de uma multa prevista em direito criminal evidentemente é de cunho sancionatório. Uma multa de trânsito também tem o fundamento sancionatório. Porém, outra situação é a *repercussão prática* implicada por tais multas, elas se desdobram em uma técnica de cobrança como dívidas de dinheiro. Situação ainda mais clara com a nova redação do art. 51 do Código Penal, conferida pela Lei 13.964/19.

³⁶⁸ A coerção indireta também pode se protrair no tempo, o que deve ser sopesado na questão da margem de erro da decisão.

modalidade. Em especial, as astreintes são cominações que impõem o cumprimento das obrigações, do contrário o sujeito onerado fica obrigado a arcar com o pagamento dessa coerção pecuniária. Ora, cada vez mais comum que as leis encerrem soluções heterotópicas, daí que as posições jurídicas são protegidas de maneira sincrética. Basta observar a Lei 11.340/06 que viabiliza mandamentos a serem determinados pelo juiz cível ou criminal no sentido da prevenção e repressão da violência doméstica. A flexibilidade com que determinado juiz pode utilizar uma técnica – em uma ou em outra competência jurisdicional – denota o caráter instrumental da técnica e consequentemente *afeta a outrora separação absoluta dos standards da prova entre uma determinação cível ou criminal*. É significativo visualizar a natureza da técnica empregada para, assim, ponderar sobre a intensidade do standard exigido. Inclusive para ressaltar a topologia da tutela como núcleo do sistema processual.

A técnica sancionatória é a que mais chama a atenção. Em primeiro lugar, porque a dogmática costumeiramente a remete como consectária do direito criminal, daí excluindo diversos desdobramentos de sua prática. Como assinalado, as técnicas não possuem uma tipologia de emparelhamento rígido, porque no atual quadrante jurídico elas podem trafegar como meios de realização de uma ou de outra tutela, na feição de proteção das peculiares posições jurídicas. Logo, o mero conceito de sanção não pode ficar absolutamente atrelado ao caráter criminal do direito. Em segundo lugar, porque a nova metódica jurídica não parte do direito, mas da força da tutela (funcional-estruturalista), razão pela qual o mecanismo sancionatório não subentende, mas é subentendido pelos valores precípuos do ordenamento – a despeito da categoria do direito em que estão inseridos.

A tutela e a técnica³⁶⁹ guardam uma relação de proporcionalidade, o que justifica a importância da visualização das tridimensões da tutela enquanto suporte estrutural que pode se valer de diversos mecanismos de salvaguarda. A questão

³⁶⁹ O ensaio reflete a dimensão da técnica a ser valorada em decisão judicial. O ponto assume importância na medida em que o sistema jurídico tem fornecido instrumentos como o *acordo de não persecução penal* (art. 28A do Código de Processo Penal, com a redação da Lei 13.964/19) que na prática rebaixa o ônus argumentativo em delitos como o estelionato ou a apropriação indébita. Aliás, o “pacote anticrime” faz quase desaparecer o estelionato e a apropriação indébita: em primeiro lugar, porque os sujeitos são dificilmente pegos, eles são escorregadios; em segundo lugar, porque quando são identificados rastros da lesão, eles ainda vão dispor desse novo benefício e subsidiariamente do sursi processual. O estelionato virou um autêntico *estelionato à brasileira*, o jeitinho do crime ou o crime do jeitinho. Fenômenos como esse podem fomentar um novo patamar à discussão – o standard do convencimento da *opinio delicti*, afinal, a polícia e o Ministério Público, por intermédio de uma simples ocorrência tem alavancado o poder de *barganhar a verdade* com uma mínima atividade probatória do ofendido. Perigosíssimo em uma comunidade com identidade desencontrada, como a brasileira.

*imane*nte da técnica que decorre da tutela produz efeitos *transcendentes* que servem de argumento consequencialista³⁷⁰ e acabam influenciando para uma objetivação dos standards da prova.

No momento em que o direito *não* criminal também tutela bens jurídicos indisponíveis e transindividuais (os *novos* direitos), natural que se ultrapasse a costumeira modalidade coercitiva como algo ligado ao direito civil ou administrativo. A prevenção e a repressão, predicados tradicionalmente caros ao movimento sancionatório, estão intimamente implicados para uma maior efetividade do controle social em demandas de significativa expressão. Adolfo di Majo³⁷¹ refere que a técnica sancionatória tem a particularidade normativa de reforçar o preceito jurídico, quer dizer, além dela ser subsidiária em relação à coerção, em virtude do maior caráter interventivo da sanção, ela se trata de técnica que afirma a necessidade de preservação da norma por intermédio da prevenção e da repressão de ilícitos que são reputados mais contundentes às posições jurídicas – o autor refere que a técnica sancionatória é um meio de maximizar o comportamento conforme o direito e de minimizar o comportamento descoforme.

A técnica sancionatória está presente ao largo do direito criminal, do direito administrativo, do direito privado, do direito previdenciário, do direito ambiental, do direito tributário, dentre outros ramos, embora tenha caráter inicialmente de natureza pública. Não é novidade que o direito administrativo³⁷², por exemplo, estabelece penas severas, por intermédio do seu braço disciplinar (art. 37, §4º, da CF e Lei 8.429/92), assim como o direito penal estabelece penas e sanções de variadas espécies. A citação de dispositivos seria ilimitada, porque o direito tributário, o direito

³⁷⁰ Uma justificação consequencialista não desabona a estrutura das coisas jurídicas, pelo contrário, a lógica dos efeitos encerra uma previsão de probabilidades, antes que uma mera dedução de certezas. Óbvio que as consequências não podem ser subvertidas a meras conjecturas, mas pautadas em critérios objetivos que adensam o próprio desenlace de uma justiça formal. Ver MACCORMICK, Neil. Argumentação fundada em consequências. *Retórica e o estado de direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 142. No mesmo sentido, ressaltando aspectos metaindividuais, em decorrência, de natureza mais prática: como a influência do mercado, a repercussão no contexto social, a ancoragem em bens coletivos e questões institucionais da sociedade civil. Ver Lorenzetti, *A teoria da decisão...*, cit., p. 305 e seguintes.

³⁷¹ *La tutela...*, cit., p. 66.

³⁷² A questão da técnica é de extrema importância, tendo em vista os exemplos já encaminhados no texto. Em geral, a improbidade administrativa é um quase-crime ou questão de alta relevância pela indisponibilidade do interesse e sua repercussão transindividual – isso remete a solução da questão persecutória a um standard da prova clara e convincente. Porém, quando somente é prevista a pena de ressarcimento ao erário, uma pena eminentemente pecuniária, não existe desequilíbrio estrutural entre os contadores, por ocasião dessa técnica que o standard da prova é rebaixado para a preponderância de provas. O que denota a importância dos três elementos estruturantes da tutela do direito para aferir a intensidade da prova.

ambiental, o direito de trânsito prevêm sanções. Em virtude da reserva legal e não raro da reserva jurisdicional, a questão da aplicação das normas sancionatórias também são atualmente previstas em *normas que regulam relações entre privados*.

O direito processual civil é ramo do direito público, portanto, o *contempt power*, a pena de atentado (art. 77, VI, §1º e §2º, do CPC) bem como diretrizes dessa espécie não chegam a surpreender. Ademais, o processo é uma metalinguagem que serve ao direito material, “de maneira que a argumentação relativa à técnica processual se desenvolve sobre um discurso material já justificado”. Luiz Guilherme Marinoni ainda ressalta que, nesse caso, “existem dois discursos: um primeiro sobre o direito material, e um outro, incidente sobre o primeiro a respeito do direito processual. O discurso do direito processual é um sobrediscurso, ou um metadiscurso, no sentido de que recai sobre um discurso que lhe serve de base para o desenvolvimento. O discurso processual é, em outros termos, um discurso que tem a sua base em um discurso de direito material”³⁷³.

As técnicas desenvolvidas pelo próprio direito material chamam a atenção – principalmente, para assinalar que uma mesma técnica ou uma técnica semelhante (de natureza sancionatória) pode ser utilizada pelo direito criminal e pelo direito *não* criminal. *O direito civil também estabelece disposições de natureza sancionatória com repercussão desdobrada-incomensurada*. Por exemplo, no direito de família, pela previsão de normas como a expressa no art. 6º da Lei 12.318/10 (Lei da Alienação Parental), a qual comina sanções que podem ser aplicadas pelo juiz em caso de descumprimento de deveres parentais. No mesmo sentido, em direito sucessório, a autêntica pena de exclusão do indigno (art. 1.814), a pena de deserdação (art. 1.961) e a pena da perda de direitos, por ocasião da sonegação de bens (art. 1.992 do Código Civil) também são exemplos dos meios sancionatórios.

Ao prever normas que impõem sanções, embora com reserva jurisdicional para tal exaurimento, o direito civil não reclama a observação de um standard de prova equiparado ao utilizado em demandas que encerram o direito penal?

O problema *não* é resolvido pela simples categorização do direito em civil *versus* criminal. A eventual *transcendência dos efeitos da técnica* sancionatória é o

³⁷³ *Teoria geral do processo...*, cit., p. 133. O autor reitera que a terminologia metadiscurso ou sobrediscurso é de caráter metodológico, para a preservação da reserva da jurisdição. Não significa que o discurso do processo seja um discurso de controle sobre as regras do direito material – não ocorre hierarquia entre tais ramos, mas um desenlace de continuação para a efetividade, um diálogo entre as fontes.

elemento indicativo para definir esse impasse. Quer dizer que é a *efetivação* da técnica a real medida de comparação.

Lembrando o paradigma da perícia como standard, em especial, no tópico “o exame de ADN *versus* a perícia psiquiátrica: qual racionalidade?” (*item 3 do capítulo 3*), o critério da margem do erro abarcado pela metodologia científica permite assinalar que o *incomensurável* também deve ser calculado pela decisão do experto. A *comensurabilidade* ou a *incomensurabilidade* são decorrentes da natureza eventualmente recondicionante da amostragem que se retrata no caráter pervasivo da efetivação da técnica, conferindo-lhe um elemento indicativo objetivo.

Em analogia, uma perícia que utiliza uma testagem instantânea não pode ser equiparada a uma perícia cuja amostra se recondiciona espaço-temporalmente. Já foram citados os exemplos do exame do ADN na contraposição ao exame psiquiátrico, ou da prova de balística no confronto com uma perícia que estima a potencialidade de um dano ambiental. Com efeito, os exemplos *mais objetivos* partem de um emparelhamento de alelos ou no encaixe entre o projétil e uma arma de fogo, que pode ser verificado e retestado em *um instante*. De outro lado, as demais perícias citadas observam o estado de pessoas ou situação de vulnerabilidade da fauna e da flora, e tais amostragens se recondicionam no tempo, reconstroem-se paulatinamente, elas vão se reorganizando na possibilidade que a própria natureza viabiliza – o fator de permanência e constante refazimento da matéria-prima para uma maior exatidão da perícia é critério de diferenciação (a questão da *incomensurabilidade* de efeitos que reflete a amostragem e afeta na majoração da margem de erro).

Tratando da decisão judiciária e da própria técnica prevista pelo direito material, a margem de erro do veredicto deve ser ponderada pela valoração da tridimensão da tutela. O acabou valorativo parte da *natureza da coisa em demanda* – e *não* de uma visão singela do compartimento do direito – somada à *ductibilidade* do interesse e que se completa pela consideração da possível *mensuração* ou *incomensuração* da efetivação da técnica que viabiliza que o sistema proponha uma solução de equilíbrio dinâmico, alinhando-se o entrecruzamento dessas premissas. A força preditiva da hipótese a ser corroborada depende dessa comistão estrutural.

Ou seja, a *efetivação do direito pela técnica* também contribui para separar tendências segundo as consequências que produz. Impende notar que em direito criminal a sanção mais característica é a privação da liberdade, uma técnica que reitera efeitos no decurso do tempo – nada pode ser mais marcante na vida das pessoas,

portanto, isso justifica a intensidade do standard da prova. O curioso é que nem todas as sanções do direito criminal são privativas de liberdade. No mesmo sentido, outros compartimentos do direito também se valem de técnicas que deixam rastros continuados no decorrer do tempo.

Existem crimes cuja única pena cominada é a pena pecuniária. Os delitos de menor potencial ofensivo e outros crimes menores em geral não cominam³⁷⁴ a pena privativa de liberdade, o que permite *desintensificar* o standard da prova. Na execução criminal³⁷⁵, quando o cumprimento da pena já está em andamento, também *não* se pode estacionar em um standard de maior intensidade, porque os benefícios e retrações da execução são examinados em um esquema de preponderância entre as provas. Além disso, o sistema jurídico disponibiliza estatutos que reúnem normas criminais ou não criminais que preveem técnicas que podem ser utilizadas tanto em jurisdição penal como na jurisdição cível – o exemplo das medidas protetivas explicitadas na Lei 11.340/06 revela que o standard da prova *não* tem um ponto definitivo com base na jurisdição ou na categoria do direito, mas deve considerar também a questão da efetivação da técnica e a respectiva incomensurabilidade dos peculiares efeitos.

Quando se fala que o direito administrativo aplica penas de perda de direitos – questões de perda da função pública ou de inelegibilidade –, tais implicações também produzem efeitos continuados. O direito civil, da mesma maneira, determina a perda do poder familiar ou a perda do direito sucessório, o que reflete um apoucamento do estado das pessoas. A pena decorrente do regime sucessório enseja efeitos patrimoniais, o que até pode ser reputado o efeito mais contundente para uma leitura mais econômica do direito. Porém, o estigma de natureza ética decorrente de uma exclusão da sucessão, de uma deserdação ou de uma sanção por sonegação são causas de afetamento do estado da pessoa em seu nicho familiar e social, o que vai ao encontro de maior repercussão (para além da individualidade) e denota a permanência do caráter sancionatório – efeitos *incomensuráveis* porque *transcendentes* da individualidade.

³⁷⁴ O elemento indicativo do critério utiliza a cominação da pena (previsão abstrata), mas até poderia, em concreto, valer-se da aplicação da pena substituída (art. 44 do Código Penal). Afinal, metodologia processual trabalha como um *continuum* que deve ser manuseado dinamicamente pelo juiz. Uma proposta com pretensão de objetividade, todavia, demarca aspecto pressuposto (ideal) – para não amplificar a margem de oscilação de possibilidades.

³⁷⁵ A execução criminal é um procedimento que já estipula um estado de coisas: o sujeito está condenado com base no standard da prova além da dúvida razoável. Para ele mudar essa situação, o sistema jurídico estabelece benefícios que dependem ora da passagem do tempo, ora de fatores de merecimento, o que denota um rebaixamento reativo do standard em benefício do apenado. De outro lado, para cassar os benefícios, como o livramento condicional ou a progressão de regime, deve haver uma prova clara e convincente sobre o não atendimento dos respectivos pressupostos.

O ordenamento jurídico empresta outros inúmeros exemplos. Na vertente do *paradigma da ciência como standard*, assim como o exame cuja amostragem se recondiciona no tempo, análoga à questão do interesse, o fator de corroboração que ilustra a maior ou a menor margem de erro – o que enseja maior cuidado –, é decorrente dos *efeitos protraídos pela técnica sancionatória* que eventualmente se concretiza em mecanismos que se *protraem* no tempo. Quer dizer que a privação da liberdade, a perda de direitos civis ou administrativos que afetam o núcleo duro da dignidade das pessoas, dentre outros exemplos indicados são calcados em um standard de prova mais intenso. *O tempo é uma trama inconsútil à gravidade da técnica que implementa sanções ou coerções, portanto, é fator a ser considerado na graduação da intensidade do contexto probatório.*

A visualização da técnica e de suas consequências (efetivação da técnica) como dimensão da tutela, portanto, remete a duas peculiaridades. Pode haver mais de um standard da prova utilizado em direito penal. Em segundo lugar, outras categorias jurídicas também demandam um standard da prova intenso, algo semelhante ao utilizado em direito penal. Uma linhagem consequencialista que estima uma maior ou menor gravidade das ocorrências desde o direito material.

2 A insuficiência de uma relevância positiva dos meios de prova. Em especial: a metodologia da corroboração de hipóteses

A doutrina tem sustentado uma ampliação normativa do *ônus* de provar para que ele seja operado na prática para um autêntico *dever*³⁷⁶ de provar (no idealismo da *total evidence* benthamiana). O argumento de prova ganharia em consistência³⁷⁷ para a decisão. O Código de Processo Civil consagra o modelo colaborativo de processo (art. 6º) e não raramente juristas tem defendido esse reforço argumentativo. Antonio

³⁷⁶ Ver RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil*. 1ª ed. São Paulo: Revista Tribunais, 2015, *passim*.

³⁷⁷ A consistência é uma situação *ideal* no plano da cultura, porque em um ambiente argumentativo quase sempre haverá razões ou evidências contraproduzidas. Paul Feyerabend comenta que “*a invenção de alternativas à concepção que está em discussão constitui parte essencial do método empírico*. Inversamente, o fato de que a condição de consistência elimina alternativas mostra agora estar em desacordo não apenas com a prática científica, mas também com o empirismo. Ao excluir testes valiosos, diminui o conteúdo empírico das teorias a que é permitido permanecer”, o que limita o espectro de compreensão. Óbvio que o ceticismo do autor não aconselha uma plena aplicação dessa premissa aos meandros do processo judiciário, porém ele ressalta que as impressões contrárias devem, de alguma maneira *científica*, serem sopesadas – nesse sentido que a *razoável possibilidade* afirma essa marcação de eminência jurídica. Ver *Contra o método...*, cit., p. 55.

Carrata³⁷⁸ salienta o dever geral de boa-fé dos sujeitos processuais no sentido de eles terem o dever de compleição e de correção sobre os enunciados alegados. O próprio regime público do processo repaginaria o *onus* de provar, para que ele assumira a natureza de um *quase-dever* – a ideia de um diálogo reforçado em termos de causalidade e de sopesamento de predições.

Duas questões se antepõem nesse momento. Outros valores jurídicos e também científicos limitam o “dever” de comprovar. A verdade é um alvitre epistêmico, mas também é um valor para o processo – e deve ser ponderada em meio aos demais valores e garantias que tutelam determinada posição jurídica. Em segundo lugar, a dogmática tem assentado uma aparente visão analítica da epistemologia e da valoração jurídica no que ela denomina “momentos da atividade probatória em direito”. De outro lado, a doutrina de Schum³⁷⁹ é citada por quase a integralidade dos estudos na medida em que ele propõe uma “metodologia de corroboração das hipóteses” que nada mais significa que uma visão sincrética daqueles momentos outrora avistados analiticamente. Possível concluir que a matéria-prima levantada pelos estudiosos é similar, a maneira de expor as premissas aparentemente pouco se diferencia, tanto que eles chegam a um mesmo resultado – o assentamento da epistemologia em cotejo aos valores das implicações jurídicas (em hiperciclo de acerto).

Recapitulando a situação do dever de provar, nenhum magistrado dispõe de *all things considered* para decidir, o que resulta em três frentes³⁸⁰ normativas para equilibrar o déficit epistêmico presente em qualquer construção cultural: (a) o standard

³⁷⁸ CARRATTA, Antonio. *Dovere di verità e completezza nel processo civile (parte prima)*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 1, anno, LXVIII, marzo 2014, Giuffrè 51/2, 71/2 e 75. O autor comenta sobre a conduta processual e avança no sentido dessa conduta ser funcionalizada em direção à produção da prova necessária para a resolução do caso. Em uma comunidade de trabalho, o *onus vai cedendo lugar ao dever* de boa-fé e de probidade conforme a força normativa do regime público processual. Em um ensaio que continua essa *parte prima*, o autor salienta que embora o processo possa ser comparado a um jogo, fatores morais decorrentes da boa-fé, da probabilidade e da publicidade institucionalizada devem ter como referenciais a verdade material para então se alcançar o alvitre da compleição e da relevância dos movimentos dos sujeitos. O que reforça o caráter publicista dos comandos exarados pelas normas processuais para se legitimar uma decisão justa. CARRATTA, Antonio. *Dovere di verità e completezza nel processo civile (parte seconda)*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 2, anno, LXVIII, giugno 2014, Giuffrè, p. 510 e 515.

³⁷⁹ Ferrer Beltrán, *La valoración...*, cit., p. 126. Em outro estudo, o mesmo autor elenca o confronto entre premissas preditivas *versus* contrapreditivas para assegurar o “apoio inferencial” que uma hipótese merece para ser reputada provada. Ferrer Beltrán assinala sobre a Bard (beyond any reasonable doubt) que “a hipótese deve ser capaz de explicar os dados disponíveis, integrando-os de forma coerente e as predições de novos dados que as hipóteses permitam formular o resultado confirmar. De outro lado, deve haver refutado todas as demais hipóteses plausíveis explicativas dos mesmos dados que sejam compatíveis com a inocência do acusado, excluídas as meras hipóteses *ad hoc*”. Fica nítida a confrontação entre o provável e o razoavelmente possível no contexto concreto das narrativas e provas processuais. Ver *La prueba es libertad...*, cit., p. 36.

³⁸⁰ Ferrer Beltrán, *La valoración...*, cit., p. 146.

da prova deve incorporar preferência por *erros menos nefastos* frente ao risco do cometimento de *erros mais graves*, levando em conta “o tipo certo de fenômeno errado” e a decorrente valoração do objeto-erro; (b) a formulação do standard da prova deve se valer de premissas materialmente precisas para ensejar um controle intersubjetivo; (c) a corroboração de uma hipótese *não* depende de uma crença, mas da força da predição que se formula a partir de uma hipótese em confronto com a *dificuldade* para dar conta da mesma predição a partir de hipóteses possivelmente rivais³⁸¹ em um esquema mental de “aceitação” para o julgador. Quando maior o grau de interferência em uma hipótese, *menor deve ser a importância da hipótese reversa* (uma autorrestrição respeitosa)³⁸². A importância de uma metodologia corroborativa integracionista advém desse suporte de complementariedade (o que sobrecarrega um, alivia a densidade argumentativa do outro).

A teoria dos jogos fornece exemplos interessantes justamente porque permite avistar o caráter de complementariedade no confronto entre hipóteses, concretizando a teoria do balanço. No singelo exemplo em que o sujeito *Alfa* compra um bilhete de loteria (ou vários bilhetes de loteria) na quarta-feira, quantas chances a mais de ser sorteado lhe podem ser creditadas em comparação aos outros sujeitos? Uma série de ilações podem imputar a sorte do resultado para *Alfa*. Em primeiro lugar, devem ser excluídos do certame os sujeitos que não compraram bilhete algum. No universo daqueles que compraram bilhete de loteria, a hipótese de *Alfa vencedor* passa a ser mais convincente quando reforçada por evidências convergentes. Ora, quando é divulgado que o ganhador da loteria apostou na lotérica *Y* que é situada no bairro *W* na cidade *Z* e se *Alfa* apostou naquele local, é consistente a convergência de fatores dele ser o vencedor. Agora, isso pode ser arrefecido, quando houver vários vencedores da aposta desde aquela lotérica, ou no caso de *Beta* ter efetuado, exatamente, o jogo sorteado. A

³⁸¹ Quando maior o grau de interferência em uma hipótese, *menor deve ser a importância da hipótese reversa*. O balanço da suficiência do contexto que reforça a hipótese ainda é decorrente da lei de ponderação, o que repercute no emprego da proporcionalidade em sentido estrito. Robert Alexy refere que “a lei de ponderação mostra que a ponderação pode ser dividida em três passos ou níveis. No primeiro nível trata-se do grau de descumprimento ou de interferência em um princípio. A ele se segue, no próximo nível, a identificação da importância do cumprimento do princípio oposto. Finalmente, no terceiro nível, identifica-se se a importância do cumprimento do princípio oposto justifica o descumprimento do outro princípio ou interferência nele”. ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 154.

³⁸² A solução de problemas práticos subentende a contraposição de hipóteses. Daí que o reforço unilateral de determinado evento pode não ser suficiente para se chegar a uma conclusão. A argumentação prática “requer um mínimo de informação relevante, que não é proporcionalda pela simples possibilidade de um fato”. Ver PÁEZ, Andrés. *Estándares múltiples...*, cit., p. 125.

questão acresce em aperfeiçoamento quando é divulgado que a aposta vencedora foi efetuada em uma quarta-feira e somente outras três pessoas teriam comparecido nessa lotérica nesse dia. Em resumo do quadro hipotético, dentre as quatro apostas possíveis, uma restou ganhadora – *Alfa* pode ser uma delas.

Esse processo de raciocínio elabora o confronto entre probabilidades e as possibilidades. O universo *razoável* do possível pode excluir o inicialmente provável, bem como o provável consistente, tanto que Andrés Páez³⁸³ refere que a relevância de evidências positivas não é definitiva para a *suficiência* do contexto probatório em direção a determinada hipótese enquanto concludente. A questão é regulada pela metodologia de contrafação de hipóteses. Óbvio que o discurso prático requer um mínimo de circunstâncias úteis, também é certo que isso se incrementa pela cumulação de meios de provas. Porém, a relevância da evidência não quer dizer em absoluto que disso se tenha uma conotação explicativa, justificativa e instrumental em termos de correção empírica da premissa, na medida em que se desprezaria a possibilidade fática de outra hipótese desmanchar o contexto de convergência.

Os dilemas da vida prática transcendem a singeleza desse exemplo, mas o que importa é que a pretensão de correção de uma decisão trabalha com a probabilidade que reforça a *confirmação* da hipótese no confronto com a *exclusão* de outras assertivas possíveis. A *suficiência* da prova subentende o afastamento dos argumentos razoáveis em contrário³⁸⁴, porque eles são insuficientes em termos contrapreditivos, fenômeno que subentende a valoração e também a racionalidade epistêmica.

O exemplo não condiz com os dilemas jurídicos? De propósito, o exemplo da loteria quer chamar a atenção para premissas tendencialmente epistêmicas. No mesmo sentido, Larry Laudan³⁸⁵ que não é filósofo do direito tampouco teórico do direito – é um epistemólogo – sugere um exemplo referente a um jogo de sorte ou azar (a questão da compra de bilhetes de uma rifa e o cálculo de *probabilidade X possibilidade*). Na abordagem do problema, Larry Laudan critica uma escala de *crenças*

³⁸³ Estándares Múltiples de Prueba..., cit., p. 124/5.

³⁸⁴ *La valoración...*, cit., p. 131.

³⁸⁵ Por qué un estándar..., cit., p. 102/5. O autor assume que é indiferente ao estilo das construções positivistas de Kelsen e Hart, referente ao conceito do direito. Porém, em termos de aplicação do direito, em especial, o direito penal, ele salienta o papel da epistemologia como uma espinha dorsal para a decisão justa. Ao falar em justiça, evidente que a construção cultural sopesa valores, ora contraditórios, ora convergentes. De qualquer maneira, subentende a imbricação de um critério jurídico-normativo conjugado a um critério epistêmico.

que estaria pautada por critérios *subjetivos*³⁸⁶ que marginalizam o fio condutor da verdade. A conclusão do autor é que inferências abduativas não eliminam o subjetivismo das escolhas quando em disputa questões práticas. A racionalidade de uma escolha para não recair em uma indecisão pouco controlável deve se valer de *frequências razoáveis* acerca das hipóteses em contraposição. Com efeito, isso equivale a dizer que o critério jurídico se trata de um fator de validação intersubjetiva da decisão, e tal fator se encerra na *suficiência* do contexto que aparelha a hipótese em contrário que remete ao enunciado standard que se vale de *juízos* como a razoabilidade, a clareza ou a preponderância. Ao se observar a fundamentação do epistemólogo, vale dizer que ele se vale de uma comistão da probabilidade de eventos e da probabilidade de proposições (a matemática e a lógica) – o que vai ao encontro da natureza mista dos standards da prova que não se resumem ao nível apofântico, mas também estão inseridos no hemisfério apodítico (pretensão de correção valorativa). Tanto que o confronto entre as hipóteses, a predição, a valoração que pondera probabilidade e razoável possibilidade, enfim, condicionam e legitimam o acertamento crítico da metodologia da corroboração – uma operação que ratifica o singelo exemplo da loteria enquanto um apanhado de premissas que para serem racionalizadas dependem da alavanca de uma lógica de sincretismo entre o matemático e o indutivismo, mas que desprovidos de uma valoração não encontram resolução.

Um esquema de probabilidade empirico pode ensejar um *falso positivo*. Portanto, a crítica ao critério jurídico que está por sobre o critério epistêmico deve considerar a *racionalidade da experiência jurídica* – assim como a racionalidade peculiar a cada narrativa científica. O critério jurídico reforça substancialmente a decisão justa, assim organizando as premissas para atingir um resultado qualificado.

O que é a *razoável possibilidade* que pode refutar a probabilidade?

Ela reflete o *critério jurídico* da *suficiência* do falseamento e tem fundamento na regra de experiência do art. 375 do Código de Processo Civil³⁸⁷. Na

³⁸⁶ Um critério é sempre objetivo. Caso seja subjetivo, não consiste em um critério.

³⁸⁷ As recorrentes críticas de Michele Taruffo contra o discurso da verossimilhança, contra a derivabilidade narrativa, na prática, denotam um idealismo. A doutrina refere que as inferências e induções que levam em conta o supedâneo probatório necessariamente estão respaldadas em rotinas de *generalizações*. Citando inúmeros autores, Ferrer Beltrán assinala que as hipóteses pré-compreendidas que consistem em supostos auxiliares devem ser ponderadas a circunstâncias objetivas para resultarem em predições – porém, “los supuestos adicionales están integrados por generalizaciones empíricas”, elas que são as garantias das inferências. O *background* que sedimenta a força desse percurso, juridicamente, está nas máximas de experiências. Ver *La valoración...*, cit., p. 133. No mesmo sentido, Karl Popper, ao referir que na realidade a ciência não tem o propósito de descobrir toda a verdade, mas de descobrir novas visões de mundo, que paulatinamente tenham por correspondência a verdade. Ver *Conjecturas e*

dialética, inclusive, consiste no que Alexy denomina de argumento empírico (desde um *ser* pode ser extraído um *dever ser*). A doutrina trabalha com probabilidade e possibilidade de maneira um tanto análoga, mas a questão é ponderar sobre a topologia e a funcionalidade episodicamente refutativa, desempenhada pela *razoável possibilidade*. Tanto que Salvatore Patti³⁸⁸ parece tratar em uma teoria do balanço a questão da probabilidade e da verossimilhança, apenas não tomando partido sobre qual a função de cada uma na metodologia da corroboração. Quando o art. 300 do Código de Processo Civil textualiza a “probabilidade do direito”, a distinção entre os conceitos fica para a doutrina, de maneira que a verossimilhança efetua o encerramento operativo de um contexto empírico de repetição – seja para reforçar tal contexto (em termos de probabilidade), seja para refutar a hipótese em sentido preditivo oposto (em termos de possibilidade).

O raciocínio pode ser utilizado de maneira reativa. Por exemplo, um sujeito ingeriu bebida alcoólica e saiu guiando um veículo, tendo havido um atropelamento no trajeto que ele percorreu em horário semelhante em que ele passou por certa via pública. Aparentemente, poderia se imaginar que a responsabilidade deve ser atribuída a esse condutor, ocorre que outras tantas possibilidades podem confrontar a probabilidade e, conseqüentemente, elidir a responsabilização: o sujeito emprestou o carro para um terceiro ou ele poderia ser mero caronista; ainda, outro carro semelhante passou pelo mesmo local e colidiu contra o pedestre dentre tantas possibilidades excludentes.

Karl Popper assinala que o argumento preditivo “descreve aquilo que é normalmente chamado de efeito”³⁸⁹. Assim, a crítica relacionada ao sistema das probabilidades demarca a própria *intranscendência* do provável – o probabilismo baynesiano não pode se quedar em um esquema subjetivo que afaste a razoabilidade de outras possibilidades, assim como a probabilidade lógica não deve ser remetida a conjecturas ou a um inferencialismo automático que despreze a possibilidade de

refutações..., cit., p. 254/5. O autor comenta que a verossimilhança desempenha um fator da experiência metódica verificacionista ou refutacionista. Vale dizer que no sentido da convergência das provas ou no sentido de testar a validade das provas, aquilo que de comum acontece consiste em ferramenta operacional do *logicamente verdadeiro*.

³⁸⁸ Liberto Convencimento..., cit., p. 491 e 491. O ensaio de Salvatore Patti deve ser apreendido com as limitações do tempo em que foi escrito, mas é preciso se valer de conceitos que emprestam força normativa à valoração da prova.

³⁸⁹ *A lógica da pesquisa...*, cit., p. 63. Para a finalidade jurídica que encampa o empirismo e a valoração, a predição coteja os eventos possivelmente contrastáveis. Ver Ferrer Beltrán, *La valoración...*, cit., p. 131.

falseamento³⁹⁰. Seria comparar faticamente o probabilismo com a narrativa valorativa que lhe serve de cobertura. A confirmação de uma hipótese pode ser rechaçada – assim, *não é suficiente* – quando existe *razoável possibilidade* de falseamento das evidências coligidas, quando a *contraproposta, ela mesma, é suficiente*. Deixa-se claro que isso *não significa que algo não está provado*, porém quer dizer que *o standard da prova tem uma margem de erro maior ou menor*, a depender da razoabilidade da possibilidade contrapreditiva.

Logo, uma premissa leva à conclusão na medida em que ela resistir a testes que na prática revelam a contextualização da figura do *caos ou da ignorância*, que de alguma *forma* é abarcada pelo raciocínio decisório (a importância do paradigma e a consideração da margem de erro como fenômeno de acoplamento metodológico). Karl Popper afirma que uma evidência não pode ser considerada *suficiente* pelo mero fato de ainda não ter sido falseada. Nos limites institucionais e epistêmicos do processo, a tese popperiana merece uma cautelosa simplificação, porque é certo que existem limites temporais, espaciais e normativos para a previsão de hipóteses infinitamente possíveis. Agora, se devidamente apreendido o texto de Karl Popper³⁹¹, nesse aspecto o próprio autor reforça que a solução do falseamento *não pode ser desarrazoada*, antes pelo contrário, é preciso ponderar a força das induções e inferências efetuadas pela probabilidade para, assim, concluir que a corroboração é um esforço que leva em conta uma metodologia verificacionalista e consequencialista – na qual o acerto da corroboração reputa como peremptório um exame sério entre o provável *versus* o razoavelmente possível para o falseamento (na ordem do possível, a figura do erro, nos limites da pretensão de correção, deve ser sopesada)³⁹².

O que se reporta para as três frentes normativas já assentadas na abertura do tópico e que equilibram o déficit epistêmico da ponderação.

Ferrer Beltrán³⁹³ também assinala a metodologia de corroboração de hipóteses. Para tanto, leva em conta as informações hipoteticamente confirmadas pelo contexto probatório inicial, mas sobre as quais sobrepassam as máximas de experiência que permitem valorar a margem de razoabilidade de refutação da situação. Tanto o exame positivo como o eventual contraste de possibilidades inversas devem estar aparelhados pela razoabilidade das situações limítrofes que ele reforça com os

³⁹⁰ Idem, p. 276 e 279.

³⁹¹ Idem, p. 291/2.

³⁹² Karl Popper, *Conjecturas e refutações...*, cit., p. 32 e seguintes.

³⁹³ *La valoración...*, cit., p. 131.

elementos indicativos do *suporte auxiliar* ou *conhecimento de mundo*. A ignorância parcial do evento julgado está encerrada nesse campo de dúvida, logo, em vista disso que uma decisão possui maior ou menor margem de erro – a questão da consciência do inexato –, o que influencia na própria tomada de decisão. A margem de erro consiste em elemento de acoplamento estrutural diretamente proporcional ao standard da prova.

O sistema jurídico em seu *pêndulo* de tendências pautadas pelas dimensões da tutela implica que se é para errar, se é para o juiz ter alguma dúvida na hora de julgar, que esse *risco seja distribuído na tendência de determinado sentido que seja fiável aos anseios democráticos*. A valoração das dimensões da tutela dos direitos abaliza a suficiência da prova³⁹⁴ ponderando em premissas uma metodologia preditiva tridimensional que compensa o *gap* da equivocidade.

O diálogo entre as dimensões da tutela define a intensidade do contexto para *desinclinar* o pêndulo de tendências jurídicas. O juiz valora a prova passando pelo confronto entre *probabilidade X razoável possibilidade* – operação que pode ser empiricamente *relativizada*³⁹⁵ em duas situações: por ocasião do (a) comando legislado da presunção e na (b) lógica inferencial do prognóstico decisório *prima facie*.

A primeira situação é ilustrada por Vittorio Denti ao ressaltar que a presunção chega a inverter o ônus da prova e o ônus da persuasão, na medida em que o legislador já predispõe a transição desde a premissa até a conclusão. O ordenamento jurídico demarca certas matérias que *não dependem de uma complexa valoração do julgador*, porque elas são de antemão esquematizadas por uma imputação³⁹⁶. Ou seja, a presunção funcionaliza a dinâmica argumentativa *desde o direito material ou desde as normas heterotópicas presentes em diversos estatutos*.

O *argumento de prova* reforça essa linha de visada, ainda que respeitosa doutrina não comente sobre a operação valorativa, mas afaste em teoria do direito, uma aparente confusão entre presunção e meio de prova. Barbosa Moreira assinala que ao se

³⁹⁴ O erro está para a dúvida assim como o fato está para a hipótese. A intensidade da prova repercute a suficiência da corroboração.

³⁹⁵ A presunção rebaixa a complexidade valorativa porque a operação básica está na *subsunção*. Vale dizer que a predição indicada pela presunção é abreviada pelo fator do verossímil. Logo, o julgador não precisa efetuar um aprofundado cotejo entre probabilidade X razoável possibilidade (aprofundado em termos de técnica de ponderação, ao invés da mera subsunção). A questão é de metodologia, por isso que é salientada a figura da “relativização” (não total exclusão do confronto). A mitigação da metodologia é decorrente de uma pontual utilização de uma lógica em um sentido único, tendo em vista outros valores superiores que tutelam determinada situação – seja em momento liminar, seja em questão de inescclarecibilidade da sentença. Ver FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. Trad. Cezar Augusto Mortari. 2ª ed. São Paulo: Editora Unesp, 2011, p. 201.

³⁹⁶ DENTI, Vittorio. L’inversioni dell’onere della prova: rievvi introduttivi. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 3, anno XLVI. Milano: Giuffrè, 1992, p. 709/710.

falar em prova existe o risco de imaginar que tudo é decorrente de uma valoração judicial, porém, no caso da presunção, *não* ocorre tal valoração propriamente dita, em termos complexos – existe uma derivação para a imputação no esquema meramente *dedutivo*. “O processo mental que, a partir da afirmação do fato *x*, permite ao juiz concluir pela afirmação também do fato *y*, não se afigura assimilável à atividade de instrução, em que visa a colher elementos para a formação do convencimento judicial”³⁹⁷.

Quando o juiz passa da premissa à conclusão se valendo da presunção, inegável que a presunção implica um modelo de conhecimento sobre o contexto em análise³⁹⁸. Agora, esse fluxo de raciocínio não pondera hipóteses em concreta disputa, ele é fiel a uma operação de *subsunção*. Por exemplo, os arts. 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor, bem como os respectivos parágrafos terceiros de cada qual dispositivo determinam que a solução já está posta pelo legislador, havendo reforço argumentativo-probatório da posição jurídica do consumidor. Não existe espaço para a valoração de núcleo discricionário tampouco para o cotejo entre as hipóteses, na medida em que as premissas estão textualmente demarcadas. A comprovação efetuada em sentido diverso ao imputado, no espaço da dedução legalmente estipulada, arrosta o ônus da *persuasão* que está vertido (em benefício do consumidor) em termos de ônus de *provar* e, assim, pode afastar a solução presumida pelo código.

Em síntese teórica e prática, assentado que a presunção não se confunde com a valoração da prova pelo menos em termos metodológicos. Todavia, uma articulação sistemática de presunções *desde* o ordenamento jurídico que se desenvolve

³⁹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. As presunções e a prova. *Temas de Direito Processual*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 57. A presunção não equivale à prova. Todavia, ela encerra todo um contexto pré-compreensivo no sentido de condicionar ou instrumentalizar o resultado dos enunciados normativos. A presunção não é prova, mas interfere cognitivamente, seja por obra do legislador ou pelos mecanismos que o legislador fornece, sobre os ônus da prova e sobre o resultado de enunciados que abarcam questões *tangentes* à prova. Respeitosamente, *deduzir é valorar*, ainda que tal valoração não seja a mais complexa – o assunto será retomado linhas abaixo.

³⁹⁸ Michele Taruffo, com precisão teórica, refere que as presunções unicamente implicam efeitos causais equitativamente distribuídos entre os sujeitos, desde as relações privadas. Entretanto, isso não fica estruturalmente vinculante do contexto processual – no processo, tudo depende de prova. Respeitosamente, o critério do julgamento com base no ônus da prova é subsidiário e de aplicação restritiva, portanto, sempre a valoração da prova acaba refletindo uma *ideologia (estado de coisas)* que o ordenamento jurídico reproduz ao prever uma série de presunções, seja nas relações privadas, seja nas situações de inesclarecibilidade, seja nas situações de verossimilhança que influenciam a valoração da prova e estão incorporadas na metodologia do direito brasileiro. Michele Taruffo é contundente crítico dos juízos de verossimilhança. Porém, fatores como o *overload* judicial, as fronteiras continentais do país, bem como o próprio multiculturalismo, em realidade, arrefecem um idealismo casuísta. Tanto que doutrinas correntes no Brasil se reportam à inesclarecibilidade e à verossimilhança. Ver Michele Taruffo, *Tres observaciones...*, cit., p. 118/120.

como um microsistema explicita uma autêntica ideologia (estado de coisas), uma maneira peculiar de ver os *problemas normais* imanentes às questões jurídicas³⁹⁹. No direito brasileiro, os compartimentos jurídicos denotam tal pré-compreensão. Embora analiticamente as presunções não sejam sinônimas de uma intensificação dos enunciados standards por decorrência lógica da maneira de pensar, *desde* o legislador até a decisão judicial, o esquema de presunções acaba influenciando a aplicação do direito. A diferença é que as presunções se valem da operação da *dedução*, a mais simples, e geralmente a valoração da prova utiliza operações mais complexas, como a analogia e a ponderação. Contudo, isso não afasta uma tendência na solução dos dilemas jurídicos, porque o eixo do sistema jurídico reflete um *cenário principiológico que acaba afetando a valoração da prova*, “é fora de dúvida que se permite uma maior facilidade na demanda”⁴⁰⁰.

O prognóstico decisional *prima facie* abarca as situações em tutela provisória, bem como os juízos em que *não se aprofunda* a cognição em termos do confronto *probabilidade X razoável possibilidade*, considerando a primazia da aparência das situações sobre o critério objetivo do ônus da prova. Nesses casos, a predição é abreviada, ou melhor, preordenada pela indução lógica pautada pelo esquema legislado e pela verossimilhança⁴⁰¹.

A tutela provisória se vale da lógica inferencial com base naquilo que comumente acontece, pois já existe uma ancoragem argumentativa que aparelha a narratividade que impulsiona a demanda. Em situações liminares, contudo, o julgador precisa escolher pela salvaguarda de uma posição jurídica em prejuízo de outra, no exame da proporcionalidade em sentido estrito, o que pode parecer mais abstrato. De qualquer maneira, trata-se de uma reflexão que avalia a força argumentativa inicialmente ajuizada em detrimento da *relativização da contrapredição possível*. O sistema jurídico ressalta o limitador da irreversibilidade que nem sempre é absoluto, como nos casos da tutela da saúde (um núcleo vital a ser tutelado).

³⁹⁹ Basta observar a Súmula 435 do Superior Tribunal de Justiça – o que antes dependia de prova, em decorrência dos entendimentos jurisprudenciais (que repercutiram o que de comum ocorre), transformou-se em presunção. Para chamar mais atenção, ainda, para a questão dos standards da prova, basta cotejar o art. 50 do Código Civil e o art. 28, §5º, do Código de Defesa do Consumidor. A teoria maior e a teoria menor para a desconsideração da personalidade jurídica são pautadas pelas premissas da tutela com a finalidade de melhor ou pior proteger o vulnerável, considerando a divisão do risco de erro judiciário.

⁴⁰⁰ Lorenzetti, *Teoria da decisão judicial...*, cit., p. 239.

⁴⁰¹ A verossimilhança tem o mesmo espaço reservado à estatística. *Desde fora* do aprofundado cotejo entre *probabilidade X possibilidade* confere força normativa ao hábito geral da experiência comunitária.

A decisão *prima facie* propriamente dita é ilustrada quando, por exemplo, dois parentes celebraram um negócio de compra e venda de um veículo, mas sem a comprovação documentada. O comprador transferiu o dinheiro por cheque, ocorre que o vendedor não entregou o veículo combinado. Em outro exemplo, um sujeito adentrou em uma piscina de um clube, em área na qual o local era mais profundo, porém não havia um aviso sobre esse perigo iminente. Esse sujeito não sabia nadar e acabou falecendo afogado⁴⁰².

No primeiro caso, o vendedor ajuizou ação resolutória de contrato cumulada com reintegração de posse do veículo. Alternativamente, postulou a cobrança do valor combinado entre as partes. No segundo caso, a família da pessoa falecida ajuizou ação indenizatória contra o clube, porque não houve a devida sinalização sobre o perigo que havia no local, sendo que os banhistas devem ser informados. O que aproxima ambos os casos é a peculiaridade de *não haver prova robusta* para aparelhar as pretensões. Na prática, as narrativas são ancoradas em relatos *circunstanciais* e pela simples análise do que *comumente* ocorre nessas situações. Ou seja, a prova é indireta ou com suporte documentado (a microfilmagem do cheque, a posse do carro ou a demonstração do cadáver encontrado na piscina).

A apreciação da prova não apreende um ato isolado, antes se trata de um processo pelo qual o julgador vai tomando conhecimento do problema e da solução primária⁴⁰³ ao largo do fluxo de conhecimento. Significa que o sujeito compreende para interpretar e tal compreensão-interpretação está diretamente vinculada ao atingimento da decisão justa (que reúne hipóteses: fatos e normas). Nesse sentido que o enunciado

⁴⁰² Exemplo semelhante ao utilizado por Gerhard Walter, *La libre...*, cit. 277/8. Porém, o doutrinador comenta sobre o descumprimento de dever – no caso, salienta que o responsável pela piscina não informou devidamente. No direito brasileiro (evidentemente que considerado o lapso de tempo em relação à obra citada), isso é dispensável, porque o acidente de consumo ou a situação de risco inerente à regra geral da responsabilidade civil já remete a carga argumentativa para o responsável pela piscina. Notável que para além do ônus de provar existe uma presunção de responsabilização, conforme art. 927, parágrafo único do Código Civil (e demais normas do Código de Defesa do Consumidor, se for o caso): haverá obrigação de reparar o prejuízo independentemente de culpa nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

⁴⁰³ Citando Michele Taruffo e o que ele denominou de processo do “fluxo de conhecimento”, Reichelt refere: “a aquisição de informações no debate processual propiciada através da produção de provas e de apresentação de alegações não comporta uma espécie de ‘suspensão’ do juízo em torno das alegações sobre fatos até momento da decisão final. Ao contrário, segundo a ótica ora referida, trata-se de reconhecer a existência de uma série de integrações e revisões sucessivas do estado de conhecimento da realidade investigada, a qual culminará com a obtenção de um estágio último de conhecimento, o qual, por sua vez, constituirá o fundamento da decisão a ser proferida pelo órgão jurisdicional”. O modelo de Taruffo é analítico, no sentido de que a observação ocorre por etapas, mas resulta na *gestalt* de um mosaico, sendo que cada informação ingressa na dinâmica de prova em momentos diversos e, de plano, já está sendo valorada – o juízo de fato é um *continuum*. Ver REICHELTL, *A prova...*, cit., p. 219.

“está provado que *p*” como *verdade aproximativa* está ancorado em normas e práticas valorativas influenciadas pelas pré-ponderações do legislador. A apreciação da prova está em todas essas premissas, porque *desde o primeiro contato com a prova se está apreciando* – assim como se dizia acerca da sentença: desde o primeiro contato com a inicial, o magistrado já passa a formar um juízo sobre o estado de coisas colocado em questão.

Notável a importância que o direito material assume no tocante à suficiência da prova. A depender da natureza do direito material, a depender do caso concreto, ocorre uma variação da postura judicial que influencia na suficiência preordenada da corroboração, com o decorrente rebaixamento da predição. Luiz Guilherme Marinoni afirma que “se o juiz, para decidir, deve passar por um contexto de descoberta, é necessário que ele saiba não apenas o objeto que deve descobrir, mas também se esse objeto pode *ser totalmente descoberto e qual das partes está em reais condições de esclarecê-lo*. Apenas nesse sentido é que o convencimento, considerado como expressão do juiz, pode ser compreendido. Ou melhor, o convencimento judicial somente pode ser pensado *a partir do módulo de convencimento próprio a uma específica situação de direito material*, pois o juiz somente pode se dizer convencido quando sabe até onde o objeto do seu conhecimento pode ser esclarecido, assim como qual das partes pode elucidá-lo”⁴⁰⁴.

Onde está escrito convencimento é plausível que se leia *suficiência*. De qualquer maneira, Luiz Guilherme Marinoni deixa claro que cada questão de direito material em linha de princípio merece uma espécie diferenciada de argumentação enquanto resultado. Não se pode assumir uma conduta processual unitária para aquilo que na essência é diferente⁴⁰⁵. A compreensão da matéria vincula a interpretação e operação do objeto em causa⁴⁰⁶ (o peso da hipótese de trabalho: o *case*). O equilíbrio da experiência probatória se completa com a observação sobre a concretização do interesse, bem como tendo em vista a efetivação da técnica.

No pormenor da natureza das coisas jurídicas, pode ocorrer de se chegar ao momento da sentença e o juiz não estar *convencido* (ele não teria provas suficientes).

⁴⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 8, set/out 2005. Porto Alegre: Magister, 2005, p. 19.

⁴⁰⁵ Idem, *ibidem*, p. 119.

⁴⁰⁶ ALI, Anwar Mohamad. Meios para superação da prova diabólica: da distribuição dinâmica do ônus da prova aos standards probatórios. *Revista Forense*, vol. 424. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 424. O autor defende o confronto entre verossimilhanças das alegações.

Duas hipóteses podem resultar: a redução do módulo da prova, ou seja, a redução do standard da prova para ser efetuado o julgamento conforme a natureza do caso ou o julgamento conforme a verossimilhança da situação, *id quod plerumque accidit* que normalmente acontece⁴⁰⁷. Os fatos cuja *inesclarecibilidade* deixam a descoberto um confronto entre posições jurídicas reclamam que o contexto das normas organize a melhor alternativa, consoante os privilégios que o sistema jurídico esquematiza⁴⁰⁸, inclusive, por questão de proporcionalidade, que pende para o julgamento com base no contexto, ao invés de remeter o veredicto para uma solução (restritiva) decorrente do critério do ônus da prova ou que abone uma hipótese cuja possibilidade não tenha força contrapreditiva.

A teoria da *verossimilhança preponderante* é contestada⁴⁰⁹ tradicionalmente porque tudo poderia ser considerado verossímil, na orientação das narrações em contraste. Assim, a lógica que se propõe é a redução do módulo da prova, no sentido prático de verossimilhança contundente ou como um equivalente ao prognóstico de vitória *prima facie*. A doutrina refere que a “lógica da verossimilhança

⁴⁰⁷ Teoria de origem escandinava divulgada no processo civil tedesco. Ver Salvatore Patti, *Libero convincimento...*, cit., 508/9. “Il giudice deve chiedersi se la verosimiglianza sia tale da permettere di ritenere provato il fatto. La libertà del giudice si ravvisa nel segmento ideale tra ciò che è sufficiente per *potere* ritenere provato un fatto e ciò che è sufficiente per *dovere* ritenere provato un fatto. Gradi di verosimiglianza <bassi> non sono quindi sufficienti per il convincimento; gradi di verosimiglianza <alti>, al contrario, non consentono al giudice di negarlo”.

⁴⁰⁸ O julgamento pelo critério do ônus da prova é subsidiário, de aplicação e interpretação restritiva. Somente em último caso, na insuficiência do contexto, é que deve ser utilizada a perspectiva objetiva do ônus da prova. Ver PEYRANO, Jorge W. La regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema. *Revista de Processo*, ano 35, n. 185, jul/2010, p. 111.

⁴⁰⁹ A dogmática critica o julgamento quando a legislação utiliza expressões como “indícios de autoria”, “fundadas razões”, “circunstâncias suficientes”, “relevância do fundamento”, dentre outros. O Código de Processo Civil indica a *probabilidade do direito* (art. 300) como substrato para a tutela provisória, o que de alguma sorte supera a crítica que segmentava um juízo liminar do juízo “ordinarizado”, porque tudo passa a ser decorrente de um fluxo de conhecimento – que pode, ou não, ter acabado, a depender do transcurso do processo. A concepção clássica da vedação de um julgamento com base na “verossimilhança” pode ser apreendida em Gerhard Walter, quando ele critica tais expressões – diferenciando uma decisão “liminar” de uma “sentença”: “Es evidente que todas esas formulaciones de exigencias disminuidas, o bien tienen una función que cumplir en la fase inicial de un procedimiento, o bien son determinantes para decisiones accesorias (deber de testificar o de juramentar) o para regulaciones provisionales (medida provisional de seguridad). Quiere decir que son determinantes para decisiones que no influyen directamente en la decisión final del pleito”. Ver WALTER, Gerhard, *Libre apreciación...*, cit., p. 194/5. O endereço filosófico dessa percepção é notório – o paradigma racionalista-cientificista que suprimia os juízos provisórios ou os juízos de aparência, fazendo acreditar em uma cognição através da qual o sujeito poderia apreender a totalidade dos objetos do mundo. Uma lógica superada nas ciências valorativas (por excelência). Ver TRENTO, Simone. Algunos criterios para reformar los estándares de prueba. In PÁEZ, Andrés (coord.). *Hechos, evidencia y estándares de prueba* (ensayos de epistemología jurídica). Bogotá: Editorial Kimpres SAS, 2015, p. 168.

Na atualidade digital, na hipercomplexidade e na contingência cotidiana da jurisdição massificada – inegável que o prognóstico de vitória sirva como um standard de mínima atividade probatória para tutelar bens jurídicos cuja proteção é incrementada pelo próprio sistema jurídico (inclusive, para elidir a chance da celeridade e do *overload* da jurisdição fazer “esquecer” da tutela desses bens jurídicos: uma coisa leva à outra, em hiperciclo).

preponderante se funda na premissa de que as partes sempre convencem o juiz, *ainda que minimamente*, o que é totalmente equivocados. O juiz não se convence quando é obrigado a se contentar com o que prepondera. Deixe-se claro que a teoria da verossimilhança preponderante *não se confunde com a possibilidade de o juiz reduzir as exigências de prova ou as exigências de convicção a partir de uma particular situação de direito material*. Nesse último caso *não se trata de julgar com base na verossimilhança que preponderar, mas sim de julgar com base na verossimilhança exigível à luz das circunstâncias do caso concreto, quando então o juiz se convence, ainda que da verossimilhança, por ser essa a convicção de verdade possível diante do caso concreto*”⁴¹⁰.

Vale dizer que as hipóteses analisadas por último não viabilizam uma metodologia corroborativa completa em termos argumentativos. Todavia, a natureza do caso e as notas circunstanciais não afastam o julgamento com força no contexto, com a ratificação da implicação do interesse e a peculiaridade da comensuração da técnica. Inegável que a posição jurídica (decorrente do interesse) e a efetivação da técnica ensaiam que o sistema jurídico abrevia a predição. Justamente, a denominada *inesclarecibilidade não é uma abreviação que afasta completamente a razoabilidade da possibilidade de falseamento* (a margem de erro não é nuclearmente afetada), porém, a questão é identificar que para reforçar a aparente natureza das coisas, o entrecruzamento da concretização do *interesse* e a efetivação da *técnica* permitem uma solução prática ainda que sem o exaurimento cognitivo teoricamente esperado. Logo, ao invés de comentar sobre a verossimilhança, de maneira a se afastar a confusão com o sistema refutado pela doutrina tradicional, melhor denominar *relativização da predição por força compensatória da tridimensão da tutela*.

Após o juiz não se *convencer* como o esperado na maioria dos casos, não cabe meramente aplicar a dinamização do ônus da prova (art. 373), porque o direito material já verteu e dispensou um exaurimento da maturidade da causa para a sentença⁴¹¹. *A esclarecibilidade é correlata a uma margem de erro que não violenta a*

⁴¹⁰ Anwar Mohamad Ali, Meios..., cit., p. 20.

⁴¹¹ “Da mesma forma que a regra do ônus da prova decorre do direito material, algumas situações específicas exigem o seu tratamento diferenciado. Isso pela simples razão de que as situações de direito material não são obviamente uniformes. A suposição de que a inversão do ônus da prova deveria estar expressa na lei está presa à idéia de que essa, ao limitar o poder do juiz, garantiria a liberdade das partes”. Não se deve limitar o poder do juiz, mas de alguma forma elencar *caminhos* para controlar os poderes de todas as instituições. “O julgamento com base em verossimilhança é apenas uma das maneiras de atender ao direito material. Assim, é imprescindível melhor elaborar os critérios justificadores da inversão do ônus da prova, que nada mais é do que uma outra forma de adequar a convicção do juiz e o processo às

racionalidade da decisão, principalmente tendo em vista a legitimação que a concretização do interesse e a efetivação da técnica conferem para a solução do problema prático.

Os exemplos citados fazem sopesar as posições jurídicas, ensejando uma correção material para a solução prática. A motivação judiciária é um caso especial do discurso racional, então, a conclusão de cada qual privilegia a força da confiança nas relações e o próprio hábito geral de normalidade nos negócios. Embora se possa falar que “a prova é impossível, ou muito difícil, *para ambas as partes*, quando então não há como inverter o ônus probatório na audiência preliminar e o juiz não chega sequer a uma convicção de verossimilhança ao final do procedimento. Nessas hipóteses, determinada circunstância de direito material pode permitir a conclusão de que a impossibilidade de esclarecimento da situação fática não deve ser paga pelo autor, *quando a inversão do ônus da prova deve ocorrer na sentença*”⁴¹². A inversão que a doutrina comenta, na prática, acaba sendo um critério de desempate – em realidade, antes disso, *não apenas o direito material em estado bruto* implica ponderar a suficiência da prova, mas é preciso assinalar o *apoucamento da predição rival* em virtude da força normativa que obriga o clube e obriga o parente comprador, além disso, considerando a *repercussão* individual, disponível e a *efetivação* da técnica da tutela (os cânones valorados para a estruturação do standard da prova). Também, normas de sobredireito, como o art. 59 do Código Penal e o art. 39, IV, do Código de Defesa do Consumidor explicitam circunstâncias pessoais e objetivas que podem ser utilizadas para afastar a *subsidiária aplicação de normas meramente processuais* (abertura do sistema pelo diálogo como o art. 375 do Código de Processo Civil).

Não se trata simplesmente de verossimilhança preponderante, melhor falar em tensão entre os bens jurídicos, sendo que um deles merece a tutela. Portanto, a tridimensão da tutela permite estruturar a distribuição racional do eventual erro, no aporte de compensações que o ordenamento jurídico implica – é mais aceitável *errar para um lado que errar para o outro*. Considerando como imprópria uma elevação desarrazoada do standard contra o vulnerável, situação que pode ensejar um erro que prejudica aquele que mais precisa da proteção jurídica.

particularidades do direito material”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 202/3.

⁴¹² Idem, *ibidem*, p. 23.

Tendo em vista a peculiaridade do caso, considerada a própria dificuldade de amearhar provas, o módulo da prova é reduzido a *um menor esforço*. No Brasil, isso pode ser equiparado ao patamar da “verossimilhança”⁴¹³ ou ao “prognóstico de vitória *prima facie*” (melhor falar em prognóstico decisional⁴¹⁴ *pro tanto*), considerando-se que o início de prova já aponta para uma direção no julgamento.

A dificuldade na produção da prova e a preclusão da possibilidade de provar, conforme a *natureza das hipóteses exemplificadas*, ponderado o *interesse* e a *efetivação da técnica*, enfim, fazem resultar que o sistema jurídico entabule *compensações* para ancorar a carga argumentativa-probatória a ser valorada pelo julgador. Uma *correção material* pautada pelo critério de juridicidade (concepção de justiça). Na questão do negócio realizado entre partes, indicadores como a idade dos sujeitos, a formação cultural das pessoas, o local da contratação, dentre outros aspectos servem como pautas para abalizar a dificuldade da produção de prova para um ou para outro sujeito. No caso do afogamento, o histórico não atlético da vítima, algum problema de saúde latente, bem como circunstâncias referentes ao local do fato, dentre outras são vetores que reforçam a posição jurídica dos familiares do falecido (art. 59 do CP e art. 39, IV, do CDC)⁴¹⁵.

⁴¹³ Ovídio Baptista da Silva sempre foi defensor das sentenças *antecipadas* ou da cognição não exauriente, embora de natureza sentencial. Ele chegou a escrever que “a *verossimilhança* domina literalmente a ação judicial. É com base nela que o juiz profere a decisão de recebimento da petição inicial, dando curso à ação civil, assim como, igualmente baseado em critério de simples verossimilhança, emite todas as decisões interlocutórias e, eventualmente – nos casos em que nosso direito permite –, profere sentenças liminares, provendo provisoriamente o *meritum causae*, como nos interditos possessórios, no mandado de segurança e, agora, nas antecipações de tutela dos arts. 273 e 461”, referindo-se ao CPC/73. Atualmente, fala-se em probabilidade lógica que se vale de uma indução que ainda pode ser falseada. Mesmo com a sobrevalorização da probabilidade, a verossimilhança é corrente tanto para ratificar estatísticas, tornar uma inferência razoável ou pautar uma possibilidade, assim como ela também permite soluções decisórias cuja inesclarecibilidade não deve quedar para um julgamento com base no critério do ônus da prova. Ver SILVA, Ovídio Baptista da. Verdade e significado. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 5, mar-ab de 2005.

⁴¹⁴ Um prognóstico *pro tanto* pode sofrer variações no aprofundar da cognição. Falando-se em julgamento *prima facie*, parece que as questões ficam arraigadas no esquema do probabilismo lógico-inferencial. Interessante é distinguir que essa última modalidade serve para a tutela provisória, mas nem sempre serve para os juízos de inesclarecibilidade – que são limítrofes a um julgamento com base na perspectiva objetiva do ônus da prova. Afinal, o ônus da prova é um risco modulado pela standardização: o que vai definir a utilização desse critério são as peculiaridades do caso concreto, que apresentam a situação de vulnerabilidade, o risco de reversibilidade, a proximidade de uma parte à prova, e demais circunstâncias que podem ser hauridas das normas de sobredireito do art. 59 do CP e 39, IV, do CDC.

⁴¹⁵ O legislador subentende diversas dificuldades probatórias, logo, o sujeito não pode ser prejudicado por se tratar de vulnerável. No direito previdenciário também acontece, quando a Lei 8.213/91, art. 55, §3º, facilita a prova do desempenho da atividade rural. Na prática previdenciária aparecem três testemunhas em juízo para dizer que o sujeito trabalhava com a família em uma pequena propriedade rural e produzia X, Y e Z produtos. Isso não significa aprofundar a cognição, mas quer dizer que a suposta inesclarecibilidade acaba resolvida *desde* o sistema jurídico, através do esquema protetivo elaborado pelo legislador. A lei de benefícios previdenciários, repercutindo a expressão do “início de prova material”, reproduz uma solução sinônima a um “mínimo de provas”.

A valoração das dimensões da tutela e a observação dos seus elementos indicativos abalizam a distribuição tendencial da carga persuasiva para resolver a dúvida judicial, o que aparelha substancialmente o suporte jurídico-político na valoração da prova. O standard da prova se modifica de maneira diretamente proporcional aos ditames polarizados pela verificação das premissas no confronto com a força haurida da hipótese oposta, ainda que *relativizada* tal contrapredição (o caos da ignorância permanece como medida de comparação, a diferença é que ele pode ser cogitado em determinadas hipóteses contrapostas, mas não pode ser cogitado em outras situações).

3 Os standards da prova na perspectiva da tutela dos direitos

O juiz elabora a decisão de maneira estruturalmente análoga a um corpo científico que formula um *provável diagnóstico* referenciado a um *possível prognóstico*. O esforço desses raciocínios, aos quais subjazem fatores de contingência da pós-modernidade, não permite acertar uma verdade absoluta (sequer é interessante falar que uma *crença* seria imutável). De qualquer maneira, em um estado ideal de coisas, evidente que um observador pode organizar escalas de probabilidade em direção à verdade por correspondência com base em premissas objetivas extraídas do ordenamento jurídico: o evento certamente não aconteceu → o evento pode ter acontecido → o evento muito provavelmente aconteceu → é quase certo que o evento aconteceu. Essa maneira de observar as questões tem uma pretensão de correção epistêmica.

Os enunciados standards são preenchidos por um determinado nível de *suficiência* do contexto probatório com a função primária de incorporar preferência por *erros menos nefastos* frente ao risco do cometimento de *erros mais graves*. As premissas que ensaiam os standards devem ser materialmente precisas para ensejar um controle intersubjetivo. No mesmo sentido, a corroboração de uma hipótese *não*

Os exemplos são inúmeros, tanto que em direito do consumidor esse quadro de imputações também é válido. Não para definir que a prova necessariamente deve ser documentada ou ter um “início de prova material”, contudo, no sentido de o conjunto de dispositivos implicar uma normatividade que tutela o vulnerável. Com efeito, *ninguém* duvida que um sujeito possa deixar o celular em uma loja para o conserto e, além da loja não entregar um documento em promessa de conserto, ainda pode acontecer de a loja devolver o celular com outros danos. Também *ninguém* duvida que um sujeito possa adentrar de um banco e, nesse átimo, ele ser assaltado dentro do estabelecimento que oferece e cobra indiretamente pela segurança. A decisão judicial, embora com poucos elementos sensíveis, resolve a prática pelo preenchimento da inesclarecibilidade em benefício do vulnerável.

depende de uma *crença*, mas da predição que *reforça* a atividade mental da “aceitação” que se formula a partir de uma hipótese em confronto com a *dificuldade* para dar conta da mesma predição a partir de hipótese possivelmente rival.

O enunciado standard é ratificado pelo critério jurídico que abarca um esquema *virtual* de cobertura ao déficit epistêmico. Para tanto, é necessária a *avaliação entrecruzada das tridimensões da tutela* cujo ponto de partida varia na proporção da natureza das coisas juridicamente implicadas. A seguir, o interesse concretiza as necessidades do direito em soluções individuais ou transindividuais, disponíveis ou indisponíveis e se desenvolve até a comensurabilidade ou incomensurabilidade da efetivação da técnica instrumentalizada pela tutela. Fatores cuja racionalidade jurídica condiciona e limita a calculabilidade da margem de erro na avaliação da prova, no sentido da predição inclusivista que o sistema regula – e são decorrentes do ordenamento jurídico.

Esse programa de racionalidade não afasta a viabilidade de organizar escalas de acerto de uma decisão, contudo, é utilizado o referencial da *menor para a maior margem de erro*: predição com margem de erro quase inatingível → predição com margem de erro de difícil exclusão → predição com margem de erro discutível, mas não afastada pelas circunstâncias → predição com margem de erro refratável, mas por ora preponderante → predição com margem de erro significativa, mas inicialmente sustentável.

A nomenclatura deve ficar em segundo plano. Possível continuar se valendo das expressões “prova acima da dúvida razoável”, “prova clara e convincente”, “preponderância de provas” e “mínima atividade probatória”, dentre outras, sendo que o importante é a visualização da estrutura objetiva da presente proposta. O interior desses compartimentos, avistados desde a margem de erro no paradigma da tutela dos direitos, confere consistência para uma sistematização juridicamente aplicável em direito continental.

A colocação da figura do *caos da ignorância* no certame metódico torna intersubjetivamente controlável o juízo de valor que aprecia a prova judiciária. Em primeiro lugar, porque permite avistar os fatores estruturantes da decisão. Em segundo lugar, porque a graduação da suficiência da prova na prática estabelece os níveis de acoplamento da decisão, na perspectiva das implicações globais extraídas *desde* o sistema jurídico. A decisão é calcada em premissas intersubjetivamente discutíveis.

A tutela dos direitos determina tendências que podem ser avistadas por intermédio do perfil operativo, estrutural e funcional: as *dimensões* da tutela. Assim, a margem de erro consiste em um acertamento valorativo da predição com pretensão inclusionista, embora ela não seja imanente à decisão propriamente dita (é limitadora da decisão). A margem de erro reflete uma maior ou menor falibilidade institucional que é *virtualizada* pelas premissas decisórias, um efeito pervasivo racionalmente controlável.

Ou seja, a valoração do *erro* é ponderada *desde* os referidos elementos indicativos das dimensões da tutela: a (a) dificuldade na produção da prova e o decorrente caráter substancial-preclusivo da possibilidade de provar; o (b) caráter coletivo ou individual do bem jurídico a ser protegido, bem como o caráter indisponível ou disponível desse bem jurídico que está encerrado na posição jurídica e determina a situação de proeminência de um sujeito em relação a outrem; a (c) instantaneidade ou o protraimento de efeitos que podem ser incomensuráveis na medida da amostragem e se repercute na efetivação da técnica instrumentalizada pela tutela.

As dimensões da tutela dos direitos, em síntese, permitem visualizar analiticamente as razões da *inclinação* do pêndulo jurídico. Portanto, a intensidade dos standards da prova pode ser ativa ou reativa, conforme a posição contextual do sujeito no sentido da manutenção da *inclinação* ou para a *desinclinação* da tendência afirmada pela tutela enquanto valor propriamente dito. Os multifatores, abarcados pelas dimensões flexíveis da tutela viabilizam a enunciação do critério jurídico como grau de suficiência do contexto probatório que pode ser calculado e dialogado.

A *predição com margem de erro quase inatingível*: no direito penal, a hierarquia das fontes estabelece princípios informativos como a presunção de inocência, a plenitude da defesa e a dúvida em benefício do acusado que desde o texto constitucional o coloca em posição de vantagem. Em caso de dúvida, o pêndulo já está tendente para a absolvição, ainda mais que a repercussão pessoal é tangente da repercussão social das questões. Toda a coletividade se preocupa com a barreira das garantias, a limitação da persecução penal como uma máxima da liberdade. Finalmente, a pena privativa de liberdade – a mais típica do direito penal – implica efeitos que se protraem no tempo, efeitos incomensuráveis e irreversíveis, desde o primeiro dia da condenação, o que justifica o standard da *prova acima da dúvida razoável* ou uma metodologia cuja margem de erro seja quase inatingível pela contraposição de razoável possibilidade infirmadora da conclusão.

Diferente de respeitável posição da dogmática, porém, assinala-se que *não* existe apenas um standard da prova para o direito penal. Nos casos em que a pena cominada *não* é privativa de liberdade (várias contravenções ou mandamentos de cunho sancionatório, como os previstos na Lei 11.340/06), basta que a prova seja *clara e convincente* – ou seja, *predição com margem de erro de difícil exclusão (abaixo explicada)*. Vale dizer que ainda que exista um contexto que dificilmente possa ser excluído, considerando que o pêndulo da inocência permanece tendente a favor do acusado, a defesa já pode ser contestada com uma racionalidade mais facilitada e o provimento da demanda *é justo nessa intensidade mitigada da prova para a condenação*. A peculiaridade da técnica, cuja efetivação não toca o núcleo da liberdade e que não causa marcas indeléveis em termos éticos, permite o rebaixamento da intensidade do enunciado standard. Para ser condenado por fato que não comine privação da liberdade ou para a implicação de medidas cautelares diversas da prisão, com efeito, o standard da prova é rebaixado para uma prova clara e convincente.

Em *execução penal*, também deve ser providenciado outro standard da prova. Afinal, o sujeito já está cumprindo a pena e os incidentes são postulados como fatores que ensejam a concessão ou a cassação de benefício para a continuidade do cumprimento da pena em melhor ou pior condição. Daí que tais dilemas são pautados pela *preponderância de provas*, tendo em vista que o apenado se encontra em situação de uma *ideal ou supostas ressocialização*, um alvitre propulsionado coletivamente e sua liberdade já está sendo cerceada.

A predição com margem de erro de difícil exclusão: aplicado em algumas hipóteses de *crimes-anões* ou em delitos cuja implicação é *quase-criminal*, tal suficiência do contexto probatório também é utilizada para as questões de direito administrativo e de direito civil que repercutem efeitos que se protraem no tempo – deixam marcas éticas e jurídicas que estigmatizam o estado da pessoa, tendo em vista a ingerência em relação ao bem jurídico alvitado. Além disso, as figuras estão previstas no texto da Constituição ou no texto da legislação ordinária. Na hipótese dos *quase-delitos*, está inserida a improbidade administrativa que comina penas de perda severa de direitos. Porém, na hipótese da pena cominada ou até mesmo suscitada (desde a inicial) ser o mero ressarcimento do erário, o standard da prova é o da *preponderância de provas*.

As condenações decorrentes da ilicitude no manuseio do poder familiar ou em situações decorrentes do direito sucessório fazem suspender ou perder o estado

da pessoa no referencial familiar, que é núcleo da sociedade (art. 226 da Constituição). Logo, deve haver a intensificação da suficiência da prova. A decisão modifica delicados direitos fundamentais e de maneira um quase permanente, assim, deve tomar os cuidados para não causar impacto irreversível ao estado jurídico dos sujeitos, já que essas implicações repercutem eticamente na sociedade.

A predição com margem de erro discutível, mas não afastada pelas circunstâncias: situações heterotópicas com fundamento derivado das origens criminais ou *quase-criminais*. O direito tributário, a posição jurídica do menor e do idoso, conforme os respectivos estatutos, a proteção do meio ambiente, bem como outras categorias jurídicas cuja repercussão está no limbo entre a esfera individual e a social. Ninguém quer recolher tributo, mas a manutenção do Estado depende disso. As infrações praticadas por menores ensejam punição, porém, o melhor interesse do menor divulga uma cartilha de preponderância política ressocializadora, embora a prática do ato infracional se assemelhe a um crime, porque as medidas são *mais* idealmente recuperativas que reprovatórias. O estatuto do idoso estabelece prerrogativas para a salvaguarda do idoso – assim como a Constituição também o coloca em posição de proeminência. O meio ambiente é bem jurídico que transcende uma geração, a preservação é condição de possibilidade da própria vida humana. Portanto, a tutela transindividual, dentre as outras citadas, não precisa estar calcada em um intenso grau de suficiência. Os estatutos que encerram tais mecanismos operativos são repletos de presunções que embora não reflitam sinônimos de valoração da prova, elas facilitam ou implicam um estado de coisas para o raciocínio inferencial de maneira sistêmica. Daí se falar em standard da prova logicamente consistente ou *standard da prova mais que preponderante porque consistente*.

A predição com margem de erro refratável, mas por ora preponderante: as questões cíveis nas quais, desde a legislação, está previsto um equilíbrio estrutural entre os sujeitos e a repercussão da decisão é aparentemente individual – ainda que possa envolver certa categoria ou classe de pessoas. Além disso, a efetivação da técnica é reversível, pois em geral os casos envolvem dívidas de dinheiro cuja instantaneidade da cobrança pode ser ripristinada. As premissas entabulam um *standard da prova preponderante*. É típico das questões reversíveis que não deixam lastro ou repercussão ética indelével, e se refiram a uma disputa entre sujeitos em posição de equilíbrio processual.

A *predição com margem de erro significativa, mas inicialmente sustentável*: a tutela provisória de urgência, a decisão com prognóstico de vitória, a questão da inesclarecibilidade, as prisões preventivas (sejam as que convertem o flagrante ou as decretáveis no curso do procedimento) se tratam de hipóteses cuja reprimenda é latente, no curso do procedimento – são casos em que, embora substancialmente ancorados unilateralmente, as normas polarizam a antecipação da efetivação da técnica, ressaltando o caráter precário das determinações com a relativização da contrapredição rival.

As questões referentes ao direito do consumidor e ao direito previdenciário, nos quais a vulnerabilidade dos sujeitos é princípio informador também rebaixam a intensidade da suficiência probatória. A Constituição e a legislação ordinária preordenam uma série de presunções, bem como um catálogo de *políticas públicas* que implicam uma maneira de pensar sobre os referidos temas. O bem jurídico está no umbral entre o individual e o social, tanto que o ponto de partida é decorrente do valor-solidariedade – todo mundo é consumidor, todos dependem da proteção da saúde e, ressalvados os casos excepcionais, a universalidade das pessoas vai precisar do auxílio previdenciário em algum momento da vida.

Por isso que o standard da prova consiste em *mínima atividade probatória* ou em um ensaio de suficiência que possa ser modificado no desenvolver dos procedimentos, uma intensidade da prova *secundum eventum processus*.

A proposta não é meramente terminológica, a questão não se trata de mera semântica. Pelo contrário, as premissas organizadas desde a estrutura tridimensional da tutela permitem sistematizar uma escala instersubjetivamente controlável ou pretensamente objetiva, que assinala a margem de erro como escore de acoplamento da suficiência da prova em termos de qualidade do contexto – os standards da prova como regras prática de decisão cujo fundamento é o risco da falibilidade institucional para as partes no processo se valem desse apoio qualitativo para estruturar racionalmente a predição das hipóteses no momento da valoração da prova.

4 O dever judicial de esclarecimento sobre o standard da prova utilizado

O Código de Processo Civil positivou uma norma de sobredireito pela qual “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (art. 6º). A colaboração processual

organiza um modelo de trabalho que subentende a prevenção, o diálogo, o esclarecimento e o auxílio no sentido de organizar substancialmente o processo, na terminologia de Eduardo Grasso⁴¹⁶. Logo, o juiz está compromissado para alertar às partes sobre a aplicação do standard da prova, tanto em termos procedimentais como materiais.

Uma operação vislumbrada em duas frentes: (a) o procedimento da aplicação e o (b) limite da aplicação.

Os standards da prova servem como guia heurístico e como aparato justificacional, logo, deve ser individualizado o momento processual dessa metodologia aplicativa – tudo para manter as partes informadas a respeito do desenrolar processual. O dever de motivar está encerrado no contraditório material, daí que as normas fundamentais (art. 5º, XXXV, LIV, LV e 93, IX, da Constituição) e o próprio Código de Processo Civil (art. 10) adensam esse desdobramento da cooperação judicial. O julgamento deve esclarecer o porquê da escolha por determinado standard da prova.

Em linha de princípio, possível defender que tal fundamentação seja relegada ao conteúdo da sentença. Cediço que que decisões de Tribunais Superiores até há pouco tempo permitiam a dinamização do ônus da prova (art. 333 do CPC/73) no bojo da sentença, o que serviria de analogia. Porém, a jurisprudência modificou o entendimento e a nova redação do Código de Processo Civil (art. 373 do CPC/15) privilegia a segurança jurídica, a partir da qual se enfeixam a previsibilidade e a calculabilidade das decisões. Se antes mesmo do advento do CPC/15 a dogmática⁴¹⁷ defendia a dinamização do ônus da prova de maneira motivada já na fase de saneamento do processo, isso parece muito mais coerente com o art. 10 e o art. 357, ambos do CPC.

O fluxo de conhecimento é coetâneo ao *continuum* motivacional que *desde* a instrução deve prevenir, dialogar, esclarecer e auxiliar⁴¹⁸ as partes para o

⁴¹⁶ GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXI (II Serie). Padova: Cedam, 1966, p. 587/8.

⁴¹⁷ CARPES, Artur Thompsen. Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório. In KNIJNIK, Danilo (coord.). *Prova judiciária* (estudos sobre o novo direito probatório). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 37.

⁴¹⁸ O juiz dispõe dos meios de prova, mas não das fontes de prova – estas devem estar encorpadas na demanda. O poder instrutório judicial chega a ser subsidiário, embora o juiz possa trazer, de ofício, as matérias que melhormente ilustram a demanda. O esclarecimento do standard da prova se trata de um exaurimento dessa prerrogativa, que corresponde ao caráter publicístico do formalismo processual. Ver CHIARLIONI, Sergio. Riflessioni microcomparative su ideologie processuali e accertamento della verità. *Revista de Processo*, ano 34, n. 176. São Paulo: Revista dos Tribunais, out/2009, p. 118/9. O sistema processual brasileiro amplificou o poder instrutório do juiz, em dispositivos como os arts. 139, IV e 400 do CPC. Aliás, as medidas coercitivas desse primeiro dispositivo evidenciam a questão da fungibilidade da técnica para aliviar a tutela.

processo justo e efetivo. Inclusive, para evitar a produção de efeitos irreversíveis que possam comprometer a participação das partes e prejudicar a cognição judicial. Ainda, a pauta do standard da prova esclarecido pode ser objeto de recurso (agravo), o que sobremenaira salvaguarda o devido processo constitucional. O importante é que não ocorram surpresas para as partes – sendo que o standard da prova influencia o julgamento. Então, vale dizer que a motivação sobre o standard da prova é ato da audiência preliminar, da fase organizatória do processo, momento no qual o dever de prevenção, diálogo, esclarecimento e auxílio efetivam a colaboração processual.

A topologia dessa referência é significativa, porque se trata de questão mista controlável pelas Cortes Superiores e pelas Cortes Supremas. Tanto que Danilo Knijnik⁴¹⁹ salienta a necessidade da abordagem explícita do standard da prova, seja para a finalidade de trazer a matéria ao contraditório, inclusive, em nível revisional ou cassacional. O autor refere que a decisão judicial que “exarar uma conclusão de fato deve explicitar, fundamentadamente e de forma clara e precisa, qual ‘modelo de constatação’ será utilizado na formação do juízo de fato, submetendo-o, assim, ao contraditório”⁴²⁰.

A omissão sobre o standard da prova pode acarretar uma retroatividade oculta⁴²¹ para o sujeito que não foi advertido. Ora, um dos desdobramentos do contraditório (material) em termos de colaboração processual está no dever de esclarecimento. Klaus Cohen Koplin⁴²² ressalta a importância dessa metódica, no tocante à organização do processo – sentido prospectivo e saneador –, invocando o art. 367, §3º, do Código de Processo Civil, na medida em que pode haver um compartilhamento de informações entre os sujeitos processuais para a finalidade de esclarecer os pontos que podem restar duvidosos. As discussões que polarizavam conceitos (como a verdade material e a verdade processual) perdem espaço para a reconstrução efetuada pela metodologia do contraditório⁴²³ cujo fio condutor da verdade justifica o acerto da decisão judicial.

⁴¹⁹ *A prova nos juízos...*, cit., p. 45.

⁴²⁰ *Idem*, cit., p. 34.

⁴²¹ Reproduzindo os dizeres de Danilo Knijnik, pela vedação da reatratividade oculta, mas com a ênfase na cooperação judicial, ver MITIDIERO, Daniel. Processo justo, colaboração e ônus da prova. *Revista do TST*, vol. 78, n. 1, jan-mar 2012, p. 77

⁴²² KOPLIN, Klaus Cohen. Contraditório e colaboração no novo CPC. In SILVA, Maria Teresa Dresch da Silveira; SILVEIRA, Alice Martins Costa Kessler da (org.). *Temas atuais do direito brasileiro* (estudos em homenagem ao professor Paulo de Tarso Dresch da Silveira). Porto Alegre: Evangraf, 2016, p. 244/5.

⁴²³ MONTELEONE, Girolamo. Intorno al concetto di verità <materiale> o <oggettiva> nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXIV (Seconda Serie), n. 1. Milano: Cedam, 2009, p. 12. O

*A fortiori*⁴²⁴, valendo-se de estudo sobre a inversão do ônus da prova, Artur Thompsen Carpes refere “a decisão que modifica o ônus da prova deve ser proferida, portanto, em momento anterior à instrução probatória. Jamais o ônus probatório pode ser objeto de dinamização, seja essa legal ou judicial, apenas no momento da sentença. Qualquer alteração na estruturação da atividade probatória das partes deve dar-se, por óbvio, antes da fase de produção das provas, com o que se estará, sempre, evitando a ocorrência de vícios insanáveis ao processo, seja por violação do direito fundamental ao contraditório, seja por violação ao direito fundamental à prova, seja por violação ao direito fundamental à segurança ou, ainda, por violação aos deveres de colaboração que pautam a atividade do juiz em relação às partes”⁴²⁵.

A justificação e a descoberta da decisão, portanto, devem abordar a concretude das questões em confronto não apenas reproduzindo os termos da legislação⁴²⁶, antes pormenorizando as premissas que respaldam o raciocínio do julgador. Interessante é que tal informação seja anterior à sentença. Em processos com julgamento antecipado ou instrução totalmente documentada, porém, a questão dos standards da prova deve ser ilustrada na motivação da sentença.

Quanto aos limites da aplicação do standard da prova, a motivação da decisão deve esclarecer o (a) conteúdo do standard da prova e se possível a distinção da espécie utilizada em relação a alguma situação (b) limítrofe – porque a complexidade das demandas não raramente abarca situações de diversas categorias jurídicas. As questões chegam a ser autocompletantes, porque ao se explanar um standard, a exclusão dos demais ocorre por decorrência lógica. Logo, a motivação deve se referir ao caso concreto e pormenorizar o que está valorando para tal escolha (avaliando as tridimensões da tutela).

autor reforça que a metodologia do contraditório propulsiona poder criativo e reconstrutivo da jurisdição, daí arrefece a polarização dogmática entre verdade real e a processual. A verdade é por correspondência e se vale de critério contextual por coerência.

⁴²⁴ Argumento *a fortiori* conclui pela validade de um argumento ou disposição jurídica inexpressa, na medida em o assunto já foi disciplinado dessa maneira por outro argumento ou disposição com a mesma razão de decidir (não sendo o caso de analogia). Ver Riccardo Guastini, *Interpretare...*, cit., p. 282/3; Caím Perelman, *Lógica...*, cit., p. 76.

⁴²⁵ CARPES, Artur Thompsen. *Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 173.

⁴²⁶ *Accountability* é uma racionalidade de primeiro nível – a fundamentação da fundamentação. Não basta reproduzir conceitos, antes é necessário compreender, interpretar e aplicar o sistema jurídico aos casos problemáticos. No caso, explicando a estrutura do standard da prova aplicável. Ver TASSINARI, Clarissa; LOPES, Ziel Ferreira. Aproximações hermenêuticas sobre o art. 489, §1º, do NCP: “julgamento analítico” ou fundamentação da fundamentação? In ALVIM, Thereza *et ali* (coord.). *O Novo Código de Processo Civil Brasileiro* (estudos dirigidos: sistematização e procedimentos). Rio De Janeiro: Forense, 2015, p. 97.

A condicionante material se trata da autorrestrrição⁴²⁷ do próprio standard da prova. O sistema jurídico implica determinado standard à demanda e, pela teoria do balanço, o próprio sistema jurídico acaba excluindo a utilização dos demais standards, que poderiam ser manejados pelos operadores. A solução do standard descontinua a aplicação de outro standard.

Todavia, existem casos que *excepcionam a normalidade* da natureza das coisas. Situações que não permitem uma pré-determinação do standard da prova, tendo em vista peculiaridade do caso e o caráter irreversível do dano, eventualmente imposto às partes. Nessas hipóteses, fica mitigada a aplicação do standard da prova – pelo menos, fica relativizada a necessidade de detalhamento de um único standard (pode ser o caso de solucionar por exclusão: que não será aplicado o standard tal ou qual, remanescendo os demais).

Os particularismos⁴²⁸ modificam, inclusive, o momento da determinação do standard da prova, sendo que a ocorrência dessa especialidade deve ser alertada já na fase de organização do processo. O objetivo é viabilizar o controle da decisão pelas partes e legitimar democraticamente ainda mais a valoração da prova.

⁴²⁷ A autorrestrrição é prática decisória que consiste na retração da utilização do standard da prova por deferência ao universo do demais standards, por prudência na análise do conteúdo do standard aplicado. A operação adjudicatória requer modéstia institucional e estabilidade pragmática. Ver CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 178.

⁴²⁸ A matriz contemporânea não deve dividir as tendências em premissas intocáveis. Pelo contrário, o hiperciclo hermenêutico é ponto de partida que impulsiona as antigas premissas a se adequarem a soluções válidas, porque conglobantes da hipercomplexidade encerrada nas demandas jurídicas – ninguém consegue ser mais contundente na conclusão que nas próprias premissas, logo, a *unidade do sistema* deve ser circular e autocompletante. Seja particular, social ou integrada, jamais se deve esquecer que o particularismo existe e merece um tratamento ora desviado do estrito “tipo”, porque *os fatos devem ser levados a sério*. Ainda que se considerando as peculiaridades de um sistema de direito, cujas principais fontes são legislativas (embora a crescente importância dos precedentes). Ver MARRERO, Danny. Lineamientos generales para una epistemología jurídica. In PÁEZ, Andrés (coord.). *Hechos, evidencia y estándares de prueba* (ensayos de epistemología jurídica). Bogotá: Editorial Kimpres SAS, p. 15 e 30.

Conclusão

1 O programa de racionalidade na valoração da prova judiciária deixa de ter como referência um modelo corroborativo *subjetivo* no qual o juiz poderia eventualmente abusar da discricção motivacional da decisão ao flertar com fórmulas vagas que não permitiam um melhor controle intersubjetivo da decisão. Nesse sentido que o fluxo de conhecimento trafega *desde um compromisso com a instrução* até a decisão justa que deve ser pautada por critérios lógico e racionais, muitas vezes com o auxílio da ciência, além dos critérios de valoração jurídica. O raciocínio probabilístico, a admissão, a relevância e a suficiência do contexto probatório consistem em elementos que efetuam a transição da epistemologia para função política dos standards da prova no bojo da tomada da decisão sobre a prova. Em decorrência da incindibilidade entre questão de fato e questão de direito, os standards da prova são regras práticas de decisão que dividem o risco do erro judiciário entre as partes no processo. A epistemologia reforça descritivamente a força da comprovação de uma hipótese de trabalho e o fundamento político leva em conta a gravidade consequencialista da decisão que assume objetividade por intermédio de uma qualificada estruturação dos critérios que metodologicamente sistematizam o escalonamento dos standards da prova com base nas dimensões da tutela do direito.

2 A dogmática organiza diferentes standards da prova que refletem a imediata função de política judiciária do instituto. A mobilidade axiológica dessa sistematização não desnatura a calculabilidade dos standards no controle da valoração da prova. Em primeiro lugar, porque *desde* o direito material existe uma marcação de legitimidade dos graus do coeficiente da suficiência da prova, em segundo lugar, porque o desdobramento dessa função como guia heurístico e como fator de justificação da decisão permite uma aproximação das escalas a uma função mediatamente epistêmica. O núcleo débil da epistemologia é creditar o foco do estudo dos standards da prova na questão do erro, enquanto, o que ocorre em direito é uma distribuição dos riscos da falibilidade institucional conferindo *valor ao tipo de erro* – merece especial atenção a questão da *valoração do erro* que é melhor apreendido na terminologia da dúvida (holismo que abarca questão de fato↔direito) e consiste no *polo metodológico* de uma teoria coesa sobre os standards da prova em direito continental. A margem de erro ou a distribuição da dúvida consistem no encerramento operativo da metodologia decisória

que dentre os fatores de ponderação reúne a fiabilidade normativa que advém das fontes, da precisão da amostragem, da eventual incomensurabilidade proporcional aos efeitos da técnica, fenômenos que consistem em verdadeiros cânones e colaboram para uma maior calculabilidade do *caos da ignorância* – uma construção que permite cotejar o evento provável ao razoavelmente possível e indicar a melhor hipótese a ser reputada como provada.

3 A *opinião do perito* é resultado de uma metodologia que encerra critérios que paulatinamente foram sistematizados ao largo da evolução jurisprudencial, em especial, norteamericana. A fiabilidade, a aceitação geral, problemas referentes à amostragem e a indução na contrapartida do empirismo, na prática, resultam em uma solução que apresenta uma margem de erro tecnicamente válida cuja perfectibilização não destoia da especialidade do discurso prático judicial. Aliás, o trabalho do provável *diagnóstico* que referencia o possível *prognóstico*, em sua metodologia científica, é análogo ao exercício de valoração da prova no entabulamento da decisão judiciária – porque a opinião pericial encerra valoração e o laudo é um discurso que retrata a ciência enquanto um standard (porque tal ciência está limitada aos demais valores processuais e contra-epistêmicos). A ciência consiste em um standard que se aparelha processualmente pelo discurso pericial, sendo que a racionalidade de cada ciência e de cada aperfeiçoamento técnico são graduadas conforme a margem de erro decorrente do amellar dos referidos fatores metódicos. Em simetria, a ciência e a respectiva graduação preditiva servem como paradigmas para uma organização dos enunciados standards da prova enquanto regras práticas de decisão que distribuem os riscos de erraticidade na perspectiva da tutela dos direitos que condicionam e limitam a tomada de conclusão sobre a prova judiciária.

4 A prova acima da dúvida razoável, a prova clara e convincente, a prova logicamente consistente, a preponderância de provas e a mínima atividade probatória, enfim, consagram enunciados standards com função imediatamente política. Na experiência escrita do direito continental, as premissas que estruturam a tridimensão da tutela – (a) hipóteses organizadas pela hierarquia das fontes, (b) interesse que se concretiza em repercussão individual ou social e (c) efetivação da técnica – podem ser valoradas para, assim, graduar a suficiência do contexto probatório, o que encerra o critério jurídico na valoração da prova. Na imbricação entre fato↔direito é possível

sistematizar uma metodologia que reúne tais critérios e resultam em um programa de racionalidade cujo referencial escalonado trafega da *menor para a maior margem de erro decisório virtualmente aceitável*: predição com margem de erro quase inatingível → predição com margem de erro de difícil exclusão → predição com margem de erro discutível, mas não afastada pelas circunstâncias → predição com margem de erro refratável, mas por ora preponderante → predição com margem de erro significativa, mas inicialmente sustentável. O *caos da ignorância* efetua o acoplamento metodológico que transita *desde* a instrução até a decisão e, assim, acaba por salientar a função mediatamente epistêmica dos standards da prova – um instrumental que alavanca qualitativamente a valoração da prova. A questão terminológica pode se alternar (ela fica em segundo plano), mas a sua estruturação com base em critérios objetivos hauridos do sistema jurídico empresta consistência à tese apresentada.

Referências

- ABREU, Rafael Sirangelo de. “Customização processual compartilhada”: o sistema de adaptabilidade do novo CPC. *Revista de Processo*, ano 41, vol. 257, julho de 2016.
- ACCATINO, Daniela. La arquitectura de la motivación de las premisas fácticas de las sentencias judiciales. In PÁEZ, Andrés (coord.). *Hechos, evidencia y estándares de prueba* (ensayos de epistemología jurídica). Bogotá: Editorial Kimpres SAS, 2015.
- ALEXY, Robert. A construção dos direitos fundamentais. In ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.
- _____. A dupla natureza do direito. In ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Org. e trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.
- _____. Dever ser ideal. In ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Org. e trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.
- _____. Dois ou três? In ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.
- _____. Direitos fundamentais no Estado democrático constitucional. In ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. 2ª ed. Org. e trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.
- _____. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- _____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- _____. Uma teoria do discurso prático. In ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Org. e trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.
- ALI, Anwar Mohamad. Meios para superação da prova diabólica: da distribuição dinâmica do ônus da prova aos standards probatórios. *Revista Forense*, vol. 424. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- ALLEN, Ronald J. Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico. In VAZQUEZ, Carmen (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica* (ensayos de epistemología jurídica). Madrid: Marcial Pons, 2013.
- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A prova pericial no processo civil* (o controle da ciência e a escolha do perito). Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- ALPA, Guido. *I principi generali*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2006.
- ANDERSON, Terence; TWINING, William. *Analysis of evidence: how to do things with facts based on Wigmore’s Science of judicial proof*. Evanston, Illinois: Northwestern University Press, 1991.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. En materia de prueba: sobre alguns cuestionables tópicos jurisprudenciales. *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*. Madrid: Marcial Pons, 2020, vol. 1.
- ATIENZA, Manuel. *O direito como argumentação*. Trad. Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 40.
- _____. *Teoria dos princípios* (da definição à aplicação dos princípios jurídicos). 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. 2ª tiragem. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo* (a transformação das pessoas em mercadoria). Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BORGES, Ronaldo Souza. O sistema misto de valoração da prova no novo Código de Processo Civil: a relação entre prova livre e prova legal. *Revista de Processo*, ano 42, vol. 264, fev/2017.

CALAMANDREI, Piero. El juez y el historiador. In CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argantica, 1945.

_____. Verità e verosimiglianza nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 10, 1955.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CARPES, Artur Thompsen. Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório. In KNIJNIK, Danilo (coord.). *Prova judiciária* (estudos sobre o novo direito probatório). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CARRATTA, Antonio. Dovere di verità e completezza nel processo civile (parte prima). *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 1, anno, LXVIII, marzo 2014, Giuffrè.

_____. Dovere di verità e completezza nel processo civile (parte seconda). *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 2, anno, LXVIII, giugno 2014, Giuffrè.

CATÃO, Adualdo de Lima. A relação entre prova processual e verdade dos fatos jurídicos diante do pensamento de Pontes de Miranda. *Direitos Fundamentais e Justiça*, ano 4, n. 13, out/dez 2010.

CAVALLONE, Bruno. Riflessioni sulla cultura della prova. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Giuffrè, 2008, n. 3.

CHASE, Oscar; HERSHKOFF, Hellen; et al. *Civil litigation in comparative context*. Minnesota: Thomson West, 2007.

_____. *Direito, cultura e ritual: sistema de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Trad. Sergio Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CHIARLIONI, Sergio. Riflessioni microcomparative su ideologie processuali e accertamento della verità. *Revista de Processo*, ano 34, n. 176. São Paulo: Revista dos Tribunais, out/2009.

CLERMONT, Kevin M.; SHERWIN, Emily. A comparative view of standards of proof. *Cornell Law Faculty Publications*. Paper 222.

_____. *Standards of decision in law* (psychological and logical bases for the standard of proof, here and abroad). Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 2013.

CRESTO, Eleonora. Una teoria de la prueba para el ámbito jurídico: probabilidades inciertas, decisiones y explicaciones. In PÁEZ, Andrés (coord.). *Hechos, evidencia y estándares de prueba* (ensayos de epistemología jurídica). Bogotá: Editorial Kimpres SAS, 2015.

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

DAMAŠKA, Mirjan R. *El derecho probatorio a la deriva*. Trad. Joan Picó i Junoy. Madrid: Marcial Pons, 2015.

_____. *Las caras de la justicia y el poder del estado* (análisis comparado del proceso legal). Trad. Andrea Morales Vidal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Madrid: Editorial Aranzadi SA, 2005.

DENTI, Vittorio. La natura giuridica delle norme sulle prove civili. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXIV. Padova: Cedam, 1969.

_____. L'inversioni dell'onere della prova: rievvi introduttivi. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 3, anno XLVI. Milano: Giuffrè, 1992.

DITTRICH, Lotario. La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza técnica e fatto notorio. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXVI (seconda serie), gennaio-febbraio 2011.

DONDI, Angelo. Paradigmi processual ed <expert witness testimony> nel diritto statunitense. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno L, Giuffrè, 1996.

DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e Constituição: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3ª Ed. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6ª ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

ESSER, Josef. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*. Trad. Salvatore Patti; Giuseppe Zaccaria. Camerino: Edizioni Scientifiche Italiane, 1983.

FALLON JR., Richard H. As-applied and facial challenges and third-party standing. *Harvard Law Review*. Cambridge: Harvard University Press, april 2000, v. 113, number 6.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. da 8ª ed. por Elaine Nassif. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2006.

FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. Trad. Cezar Augusto Mortari. 2ª ed. São Paulo: Editora Unesp, 2011.

FERRER BELTRÁN, Jordi. La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana. In VAZQUEZ, Carmen (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica* (ensayos de epistemología jurídica). Madrid: Marcial Pons, 2013.

_____. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____. *Prova e verdade no direito*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil* (e sua aplicação prática). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FISS, Owen. A morte do direito? In FISS, Owen. *Direito como razão pública* (processo, jurisdição e sociedade). 2ª ed. Coord. da Trad. Carlos Alberto de Salles. Curitiba: Juruá, 2017.

_____. O correto grau de independência. In FISS, Owen. *Direito como razão pública* (processo, jurisdição e sociedade). Coord. da Trad. Carlos Alberto de Salles. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2017.

_____. O julgamento enquanto prática. In FISS, Owen. *Direito como razão pública* (processo, jurisdição e sociedade). Coord. da Trad. Carlos Alberto Salles. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2017.

- FOUCAULT, Michel. *Os anormais*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 10 ed. Petrópolis: Vozes, 2008.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho n. 28, 2005.
- GIULIANI, Alessandro. Problemi metodologici nello studio del diritto processuale comparato. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno XVI, 1962.
- _____. Prova (Prova in generale). *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXVII. Milano: Giuffrè, 1988.
- GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. Trad. Margarethe de Goldschmidt; Ricardo C. Nuñez. 2ª ed. Buenos Aires: Julio César Faira – Editor, Bdef, 2007.
- GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXI (II Serie). Padova: Cedam, 1966.
- GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011.
- HAACK, Susan. El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica. In VÁZQUEZ, Carmen (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica (ensayos de epistemología jurídica)*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- _____. *Filosofia das lógicas*. Trad. Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: Unesp, 2002.
- _____. Legal probabilism: an epistemological dissent. In HAACK, Susan. *Evidence matters (science, proof, and truth in the law)*. New York: Cambridge University Press, 2014.
- _____. Irreconcilable differences? The trouble marriage of Science and law. In HAACK, Susan. *Evidence matters (science, proof, and truth in the law)*. New York: Cambridge University Press, 2014.
- _____. Justice, truth, and proof: not so simple, after all. *Revista Brasileira de Direito Processual*, ano 25, n. 99, jul-set/2017.
- HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- HAWKING, Stephen. *O universo numa casca de noz*. Trad. Ivo Korytowski. São Paulo: Mandarim, 2001.
- HESSSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Trad. João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- IRTI, Natalino. Dubbio e decisione. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LVI, n. 1, Gennaio-Marzo 2001.
- JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. Trad. Cláudia Lima Marques. *Revista dos Tribunais*, ano 88, vol. 759, jan/99.
- JOLOWICZ, J. A. Modelos adversarial e inquisitorial de processo civil. *Revista Forense*, mar/ab de 2004, vol. 372.
- KANT, Immanuel. *Lógica*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Texto & Grafia, 2009.
- KAUFMANN, Arthur. *Analogia y “naturalaleza de la cosa” (hacia una teoría de la comprensión jurídica)*. Trad. Enrique Barros Bourie. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 8ª ed. 2ª tir. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

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

_____. A trilogia Olmstead-Katz-Kyllo: o art. 5º da Constituição Federal do século XXI. *Revista da Esmafe do TRF da 4ª Região*, número 4.

_____. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um direito probatório. In KNIJNIK, Danilo (Coord.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, n. 353, jan-fev de 2001.

_____. *Prova pericial (e seu controle no direito processual brasileiro)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

KOPLIN, Klaus Cohen. Contraditório e colaboração no novo CPC. In SILVA, Maria Teresa Dresch da Silveira; SILVEIRA, Alice Martins Costa Kessler da (org.). *Temas atuais do direito brasileiro* (estudos em homenagem ao professor Paulo de Tarso Dresch da Silveira). Porto Alegre: Evangraf, 2016.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2018.

LAMEGO, José. *Elementos de metodologia jurídica*. Coimbra: Almedina, 2016.

LANES, Júlio Cesar Goulart. *Fato e direito no processo civil cooperativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 7ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambíguo no ES un estándar. Trad. Raúl Calvo Soler. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, ano 2005.

_____. Una breve réplica. Trad. Daniel González Lagier. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 28, ano 2005.

_____. *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*. Trad. Carmen Vázquez; Edgar Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial* (fundamentos de direito). Trad. Bruno Miragem. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

MACCORMICK, Neil. A coerção da justiça formal. In MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. Argumentação fundada em consequências. In MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. Em defesa do deducionismo. In MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. Justificação por dedução – pressuposições e limites. In MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. Narrativas jurídicas. In MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. Sendo razoável. In MACCORMICK, Neil. *Retórica e estado de direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. Universais e particulares. In MACCORMICK, Neil. *Retórica e estado de direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 117.

MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* Trad. Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Edições Loyola, 1991.

MAJO, Adolfo di. *La tutela civile dei diritti*. 4ª Ed. Milano: Giuffrè, 2003.

MARCHEIS, Chiara Besso. Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno XLV, n. 3, settembre 1991.

MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 8, set/out 2005. Porto Alegre: Magister, 2005.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Teoria geral do processo*, Curso de processo civil, v. 1, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor* (o novo regime das relações contratuais). 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

_____; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos Vulneráveis*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARRERO, Danny. Lineamientos generales para una epistemología jurídica. In PAÉZ, Andrés (coord.). *Hechos, evidencia y estándares de prueba* (ensayos de epistemología jurídica). Bogotá: Universidad de los Andes, 2015.

MARTINS, Samir José Caetano. Livre convencimento, racionalidade e controle da prova pericial. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 115, out/2012.

MATTOS, Sérgio. O juiz é o destinatário da prova: porta aberta para o arbítrio? In MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coord.). *Estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012.

MITIDIERO, Daniel. Processo justo, colaboração e ônus da prova. *Revista do TST*, vol. 78, n. 1, jan-mar 2012.

MONTELEONE, Girolamo. Intorno al concetto di verità <materiale> o <oggettiva> nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXIV (seconda serie), 2009, n. 1.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. As presunções e a prova. *Temas de direito processual*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Trad. Eliane Lisboa. 5ª ed. Porto Alegre: Sulina, 2015.

MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. Trad. Peter Neumann. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Teoria estruturante do direito*, vol I. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NIEVA FENOLL, Jordi. *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2018.

- _____. *La duda en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- _____. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- NUNES, Anelise Coelho. Limites ao livre convencimento e à convicção condicionada. *Revista do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais Opinio Jure*, n. 8. Canoas: Ulbra, 1997.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*, vol. 2. São Paulo: Atlas, 2012.
- _____. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. Problemas atuais da livre apreciação da prova. In OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (org.). *Prova cível*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- PÁEZ, Andrés. Estándares múltiples de prueba en medicina y derecho. In PÁEZ, Andrés (coord.). *Hechos, evidencia y estándares de prueba* (ensayos de epistemología jurídica). Bogotá: Editorial Kimpres SAS, 2015.
- _____. Introducción La epistemología y el derecho. In PAÉZ, Andrés (coord.). *Hechos, evidencia y estándares de prueba* (ensayos de epistemología jurídica). Bogotá: Universidad de los Andes, 2015.
- PATTI, Salvatore. Libero convencimento e valutazione delle prove. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, n. 40, 1985.
- PEYRANO, Jorge W. La regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema. *Revista de Processo*, ano 35, n. 185, jul/2010.
- PEREIRA, Guilherme Setoguti. Verdade e finalidade da prova. *Revista de Processo*, ano 37, vol. 213, Nov/2012.
- PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Trad. Vergínia K. Pupi. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- PICARDI, Nicola. A vocação de nosso tempo para a jurisdição. Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. In PICARDI, Nicola. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (organizador e revisor técnico da tradução). *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____. *Audiatur et altera pars: as matrizes histórico-culturais do contraditório*. Trad. de Luis Alberto Reichelt. In PICARDI, Nicola. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org. e revisor técnico da tradução). *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2007.
- _____. *Conjecturas e refutações (o progresso do conhecimento científico)*. Trad. Sérgio Bath. 2ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.
- PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos (a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos)*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- PUGLIESE, William. *Precedentes e a civil law brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- RAMOS, Vitor de Paula. O procedimento probatório do Novo CPC. Em busca de interpretação do sistema à luz de um modelo objetivo de corroboração das hipóteses fáticas. In DIDIER JR., Fredie (et al.). *Direito probatório*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- _____. *Ônus da prova no processo civil*. 1ª ed. São Paulo: Revista Tribunais, 2015.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- RECASÉNS SICHES, Luis. *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica "razonable"*. México: Dianóia, 1971.

- REICHELT, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- RICOEUR, Paul. *Hermenêutica e ideologias*. Trad. Hilton Japiassu. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2013.
- ROBERTS, Paul. ¿Fue el bebé sacudido? Prueba, pericia y epistemología jurídica en el proceso penal inglés. *Estándares de prueba y prueba científica* (ensayos de epistemología jurídica). In VÁZQUEZ, Carmen (ed.). Madrid: Marcial Pons, 2013.
- ROCCO, Alfredo. *La sentencia civil*. Trad. Mariano Ovejero. México: Editorial Stylo, 1944.
- RUBIN, Fernando. Teoria geral da prova: do conceito de prova aos modelos de constatação da verdade. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 118, jan/2013.
- ROXIN, Claus. Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do direito penal. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SCHAUER, Frederick. *Il ragionamento giuridico: una nuova introduzione*. Trad. Giovanni Battista Ratti. 3ª ed. Roma: Carocci Editore, 2018.
- SILVA, Cristiane Campos de Figueroa. Da incidência de princípios do Direito Penal sobre o poder disciplinar da Administração Pública. *Fórum Administrativo*, n. 18, n. 209, julho de 2018.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*, vol. I. (processo de conhecimento). 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- _____. Verdade e significado. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 5, mar-ab de 2005.
- SILVEIRA, Daniel Barile; SILVA, Tiago Nunes da. Algumas reflexões sobre aplicabilidade da Lei 12.846/13 (Lei Anticorrupção) em relação às empresas estatais. *Interesse Público*, n. 103.
- SOARES, Carlos Henrique. Processo jurisdicional democrático – relação entre verdade e prova. *RDC*, n. 94, mar-ab/2015.
- SOUZA, Renee do Ó. O *compliance* como instrumento de política pública de combate à corrupção. *RBDP*, n. 58, jul/set 2017.
- STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Trad. Andrés de la Oliva Santos. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.
- STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas (o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiano). *Revista de Informação Legislativa*, ano 52, número 206, abr/jun de 2015.
- SUCAR, Germán Sucar. *Concepciones del derecho y de la verdad jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- _____. Evidence, truth and the rule of law. *Revista de Processo*, vol. 238, dez/2014.
- _____. La aplicación de estándares científicos a las ciencias sociales y forenses. *Estándares de prueba y prueba científica* (ensayos de epistemología jurídica). In VÁZQUEZ, Carmen (ed.). Madrid: Marcial Pons, 2013.
- _____. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992.
- _____. Rethinking standards of proof. In *The American Journal of Comparative Law*, vol. LI, Summer 2003, n. 3.
- _____. *Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos*. Tradução de Daniela Accatino Scagliotti. Madrid: Marcial Pons, 2010.

- _____. Statistics: notes about statistical evidence. In ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTTI, Rogéria (org.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos* (estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- _____. Tres observaciones sobre “por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, de Larry Laudan. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derechos, n. 28, ano 2005.
- _____. *Uma simples verdade: o juiz e a reconstrução dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- _____. Verità e probabilità nella prova dei fatti. *Revista de Processo*, ano 32, n. 154, dez/2007.
- TASSINARI, Clarissa; LOPES, Ziel Ferreira. Aproximações hermenêuticas sobre o art. 489, §1º, do CPC: “julgamento analítico” ou fundamentação da fundamentação? In ALVIM, Thereza Arruda et al. (coord.). *O novo código de processo civil brasileiro* (estudos dirigidos: sistematização e procedimentos). Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- TASSINARI, Clarissa; LOPES, Ziel Ferreira. Aproximações hermenêuticas sobre o art. 489, §1º, do NCPC: “julgamento analítico” ou fundamentação da fundamentação? In ALVIM, Thereza et al. (coord.). *O novo código de processo civil brasileiro* (estudos dirigidos: sistematização e procedimentos). Rio De Janeiro: Forense, 2015.
- TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. *A prova ilícita no processo civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.
- TEODORO, Warlen Soares; MIGUEL JR., Waldir. O processo constitucional democrático e a condução da prova pelo juiz na busca da verdade real. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, ano 9, n. 9/10, jan/dez/11. Belo Horizonte: Forum, 2012.
- TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- THEODORO JR., Humberto. A importância da prova pericial no devido processo legal. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v. 1, n. 1, jul. 1999.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª ed. 9ª tir. São Paulo: Saraiva, 2001.
- TRENTO, Simone. Algunos criterios para reformar los estándares de prueba. In PÁEZ, Andrés (coord.). *Hechos, evidencia y estándares de prueba* (ensayos de epistemología jurídica). Bogotá: Editorial Kimpres SAS, 2015.
- TUZET, Giovanni. Prova, verità e valutazione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno LXVIII, Dicembre 2014.
- _____; FERRER BELTRÁN, Jordi. Sulla necessità degli standard di prova per la giustificazione delle decisioni giudiziali. In: https://www.researchgate.net/publication/331701366_Sulla_necessita_degli_standard_d_i_prova_per_la_giustificazione_delle_decisioni_giudiziali, acesso em 06-11-2020.
- TWINING, William; MIERS, David. *How to do things with rules*. London: Cox & Wyman Ltd., 1976.
- UBERTIS, Giulio. Quaestio facti e quaestio iuris. *Quaestio facti*. *Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*. Madrid: Marcial Pons, 2020, vol. 1.
- VÁZQUEZ, Carmen. A modo de presentación. In VÁZQUEZ, Carmen (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica* (ensayos de epistemología jurídica).d Madrid: Marcial Pons, 2013.
- VERDE, Giovanni. Prove nuove. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXI, n. 1, gennaio-marzo/2006.

VIDIRI, Guido. Giusto processo, accertamento della verità materiale e <impartzialità> del giudice. *Rivista di Diritto Processuale*. Minalo: Cedam, anno, LXVII (Seconda Serie), n. 6, Nov-dec 2012.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Trad. Tomás Banzhaf. Bogotá: Editorial Temis, 1985.

WELZEL, Hans. Prólogo do autor à 4ª edição. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZANETI JR. Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e procedimento probatório. *Revista de Processo*, 116, ano 29, julho-agosto de 2004.