

Introdução

Sob determinados aspectos vive o direito processual uma fase de ebulição. Atualmente estão em discussão no Congresso Nacional anteprojetos de reforma global das duas codificações processuais mais importantes do ordenamento pátrio, o Código de Processo Penal e de Processo Civil. Isso sem considerar as inúmeras modificações em tais diplomas legislativos nos últimos anos.

Passados mais de vinte anos da promulgação da Constituição da República de 1988, o direito processual ainda procura estabelecer, ou esclarecer, seu papel nessa nova ordem. A avidez por reformas – desprovidas do necessário debate com a comunidade acadêmica e com a sociedade – demonstra essa busca.

O que mais tem avançado, nesse sentido, é o que podemos chamar de doutrina da efetividade. A explosão das demandas, fruto das novas e variadas formas de relações sociais características da pós-modernidade gerou um exponencial aumento do número de litígios submetidos ao Poder Judiciário. O contencioso de massa é uma realidade.

A preocupação central das reformas tem sido acelerar a marcha do processo. Combater o aumento das demandas com uma resposta mais célere, inclusive atribuindo-se à duração razoável do processo o status de garantia constitucional.

No que toca ao processo penal, o aumento da violência, sobretudo na periferia das grandes cidades tem posto em xeque as garantias consagradas na Constituição. A rigor tais garantias nunca se afirmaram completamente. É propalado por uma série de setores da sociedade que a causa da violência seria a impunidade. A existência desta é afirmada sem que seja feito nenhum estudo estatístico sério acerca do grau de condenação que ocorre nos processos levados a juízo.

Os recursos tornam-se os próprios vilões. O exercício do direito de defesa é vilipendiado na mídia e nos tribunais. Reflexos de uma sociedade pretensamente democrática, mas que dá pouco valor aos direitos humanos, principalmente quando estes se referem ao outro.

Em oposição, continua a ser adotada a compreensão do processo como um instrumento de justiça. Esse instrumento teve suas garantias potencializadas pelo advento da Constituição democrática, devendo passar por um processo de filtragem. No processo penal isto é evidente. O CPP data de 1941, inspirado no seu similar italiano orientado pelo fascismo.

Ao considerar-se o processo instrumento de justiça, avultam algumas preocupações. O processo deve ser tratado como algo essencialmente democrático. A estrutura dialética e contraditória, com garantia de participação dos interessados anterior à prolação da decisão reflete tal essência.

Afirmar a prolação de uma decisão justa como objetivo do processo faz com que verifique-se a centralidade dos juízos de fato. Uma decisão justa, além da correta aplicação do direito, necessita que a base fática que o origina esteja fielmente reconstruída.

Sob esse aspecto, o direito probatório adquire importância fundamental. Este é o instrumento de que utiliza-se o processo para conseguir a fiel reconstrução dos fatos relevantes e, portanto, propiciar a adoção de uma decisão justa.

A escolha do tema dessa dissertação pautou-se por tais preocupações. A disciplina da prova é central no processo, e a busca pela racionalidade da valoração dos elementos probatórios é fundamental, em uma perspectiva democrática, que não considere o pronunciamento judicial como um ato de poder que prescinde de justificação. Essa justificação é mais do que necessária, sendo própria fonte legitimadora do poder jurisdicional.

No primeiro capítulo deste trabalho tratar-se-á da motivação das decisões judiciais como garantia abordando, como antecedentes, a configuração do Estado Democrático de Direito e a observância ao princípio do contraditório.

No segundo capítulo abordar-se-á o direito à prova, a relação entre verdade e processo, as diversas teorias que tratam da finalidade da prova e o conceito desta. No terceiro capítulo, a função e sentido da prova pericial, discorrendo sobre a jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana sobre o tema.

No quarto capítulo será analisado o próprio controle da prova pericial, através de vários meios, como a indicação dos peritos e a plena observância do contraditório. Por fim, na conclusão tentar-se-á fazer uma síntese das ideias aqui elencadas.

1 A Motivação como Garantia

1.1 O Estado Democrático de Direito

A Constituição da República de 1988 enuncia, logo no *caput* de seu artigo 1º que a “República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito”. Observa-se, sem dificuldade, que os três elementos da expressão, quais sejam, “Estado”, “Democrático” e “Direito”, são absolutamente plurissignificativos, e por vezes conflitantes¹, variando de conteúdo conforme variam as condições histórico-culturais de cada povo em determinada época.

DALLARI define o Estado como “a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”.² O conceito traz os três elementos tradicionais da caracterização do Estado – soberania, povo e território – , mas já apresenta uma valorização ao apontar a finalidade do Estado como sendo a perseguição do “bem comum”. Além disso, já formula a construção do Estado como “ordem jurídica”, o que remonta às concepções do Iluminismo oitocentista.

O Estado de Direito, por sua vez, traduz uma concepção tipicamente liberal, com as seguintes características básicas: submissão ao império da lei; divisão dos poderes; enunciado e garantia dos direitos individuais.³ Tal é a forma de organização político-social emergente das grandes revoluções do fim do século XVIII⁴, que buscaram (não sem os conhecidos percalços), a retirada do poder político das mãos da nobreza feudal, e o fim do Estado absolutista.⁵

¹ Segundo Luís Roberto Barroso a “ideia de Estado democrático de direito, consagrada no art. 1º da Constituição brasileira, é a síntese histórica de dois conceitos que são próximos, mas não se confundem: os de constitucionalismo e de democracia. Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei. Democracia, por sua vez, em aproximação sumária, traduz-se em soberania popular e governo da maioria”. BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 87-88.

² DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, 23ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 118.

³ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 22ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 112-113.

⁴ Observa Luís Roberto Barroso que “o Estado moderno se consolida, ao longo do século XIX, sob a forma de Estado de direito. (...) O núcleo essencial das primeiras constituições escritas é composto por normas de repartição e limitação do poder, aí abrangida a proteção dos direitos individuais em face do Estado”. BARROSO, Luís Roberto. op. cit. p. 40.

⁵ Afirma Diogo de Figueiredo Moreira Neto que “seria preciso substituir a instável autoridade do príncipe pela estável autoridade da lei, uma vez que só seria possível o desfrute da liberdade, quando não apenas os indivíduos e as entidades privadas, como o próprio Estado, pudessem ser todos igualmente compelidos a obedecer à ordem jurídica instituída: desabrochava, então o Direito

As chamadas Revoluções burguesas representam a substituição do primado da vontade do soberano pelo primado das leis.⁶ Observa BOBBIO que:

Da Antiguidade clássica a ideia de primado do governo das leis foi transmitida ao pensamento jurídico medieval, e, em seguida, do pensamento medieval diretamente ao pensamento moderno, alcançando a própria perfeição na doutrina do ‘constitucionalismo’, segundo a qual não há mais qualquer diferença entre governantes e governados com relação ao império da lei, porque também o poder dos governantes é regulado por normas jurídicas e deve ser exercido com respeito a essas regras. (...) complexa relação entre política e direito, onde um discurso sobre a categoria da política não pode deixar de levar em consideração suas inúmeras interseções com a categoria do direito. Dessa interseção nasceu a noção de ‘Estado de direito’, entendido não restritivamente como Estado no qual o poder político está subordinado ao direito, mas como a própria destinação final de todo grupo político que se distingue de outro grupo social pela existência de um sistema normativo, cujas normas, necessárias para a sobrevivência do grupo, se fazem valer através da coerção.⁷

A afirmação democrática agrega ao Estado de Direito do liberalismo clássico o elemento da participação popular e da cidadania como legitimadoras da formação da vontade e da atuação do aparelho estatal. A própria etimologia do termo democracia revela a noção de governo do povo.⁸

Não deixa a democracia de ser um conceito profundamente marcado pela conformação histórica. A participação direta (embora limitada aos cidadãos) nas cidades-estados gregas, a ideia rousseauiana de vontade geral, a democracia representativa dos Estados contemporâneos representam determinadas formas de organização da apuração da vontade popular, meramente temporais e contingentes.⁹

À democracia de hoje, apesar de majoritariamente carreada em instituições representativas, agrega-se o elemento da participação popular – direta no caso – como

Público e, com ele, nascia o segundo modelo de organização política histórica do liberalismo: o Estado de Direito”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo, 15ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 16.

⁶ Luigi Ferrajoli observa que “a transformação do Estado absoluto em Estado de direito ocorre simultaneamente à transformação do súdito em cidadão, isto é, em um sujeito titular de direitos não mais exclusivamente ‘naturais’ mas ‘constitucionais’ em relação ao Estado, que se torna, por sua vez, vinculado em relação àquele”. FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão, 2ª edição. Trad.: Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 793.

⁷ BOBBIO, Norberto. Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos. Org.: Michelangelo Bovero. Trad.: Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 237.

⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. op. cit. p. 145.

⁹ Hoje, podemos apontar três características essenciais da democracia: supremacia da vontade popular (colocado o problema da participação direta), a preservação da liberdade e a igualdade dos direitos. Sobre o assunto vide DALLARI, Dalmo de Abreu. op. cit. pp. 150 e ss. Vide também, SILVA, José Afonso da. op. cit.: “a democracia é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente pelo povo e em proveito do povo. (...) A democracia (...) repousa sobre dois princípios fundamentais ou primários, que lhe dão a essência conceitual: (a) o da soberania popular, segundo o qual o povo é a única fonte do poder, que se exprime pela regra de que todo o poder emana do povo; (b) a participação, direta ou indireta, do povo no poder, para que este seja efetiva expressão da vontade popular”. pp. 126 e ss.

componente legitimador das relações de poder emergentes no Estado Democrático de Direito. Assim a democracia deixa de ter apenas um caráter formal, de convocação do sufrágio popular em períodos previamente ajustados para erigir como caráter de sua legitimação a constante participação dos detentores originários do poder – o povo – na formação das razões e atuação do Estado.

Multiplicam-se os instrumentos jurídicos de participação popular. No âmbito do Poder Judiciário, além da tradicional consagração do direito de ação,¹⁰ temos a ampliação do rol de legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade;¹¹ previsão de impetração de mandado de segurança coletivo por partidos, organizações sindicais e associações;¹² possibilidade de propositura de ação popular;¹³ participação de cidadãos no Conselho Nacional de Justiça¹⁴, entre muitos outros exemplos.

No campo da participação no processo legislativo consagra-se a possibilidade de iniciativa popular para apresentação de projetos de lei.¹⁵ No que diz respeito ao Poder Executivo pode ser citada a expressa previsão constitucional da necessidade da observância do contraditório nos procedimentos administrativos,¹⁶ assim como a consagração do direito de petição.¹⁷

Isto posto, observa-se que:

Passaram a surgir, ao lado da tradicional democracia fundada exclusivamente na representação política, novas formas de participação política, denotando com isso, a emergência de uma sociedade policrática e, em razão disso, de novas modalidades de Estado liberal (...), ultrapassando, simultaneamente, tanto o primado do indivíduo, da versão oitocentista, como o primado do Estado, que havia sido a sua contestação moderna, para firmar o primado do indivíduo na sociedade. (...) Começa a desenhar-se um modelo em que a juricidade incluirá, sempre mais, a legitimidade e a moralidade, e não apenas a legalidade, dando-se plena justificação à expressão ‘Estado Democrático de Direito’ (...). Entre o dirigismo estatal e o individualismo egoísta, parecem se abrir, neste início de século, as alternativas do

¹⁰ Art. 5º, XXXV, da Constituição da República de 1988.

¹¹ Art. 103 da CR.

¹² Art. 5º, LXX, da CR.

¹³ Art. 5º, LXXIII, da CR.

¹⁴ Arts. 103-B, XIII, da CR. Vale citar a existência de análoga previsão de participação no Conselho Nacional do Ministério Público, prevista no art. 130-A, VI, também da CR.

¹⁵ Art. 61, caput e § 2º, da CR.

¹⁶ Art. 5º, LV CR. Retornaremos ao tema.

¹⁷ Art. 5º, XXXIV, *a e b*, da CR. Aplicável a quaisquer poderes ou órgãos estatais.

pluralismo nos campos econômicos e social (...), afirmando-se, no processo, não apenas um princípio de participação, a orientá-lo, mas um Direito da Participação.¹⁸

Por sua vez, o constitucionalismo moderno consagrou a supremacia constitucional, caracterizando a Constituição como um documento dotado de superlegalidade, de superioridade jurídica em relação as demais normas.¹⁹ Nenhuma lei ou ato normativo de qualquer nível pode subsistir se for incompatível com a Constituição.²⁰

Assim, pode tentar-se conceituar o Estado Democrático de Direito como a ordem jurídica soberana que, fundada na participação e soberania popular, limitada pela Constituição e pelas leis, busca o bem comum de um povo situado em determinado território, através da plena realização dos direitos enunciados na mesma Constituição.²¹

É evidente que tal forma de organização sócio-política vive um quadro de permanente tensão. Os seus elementos constitutivos, embora idealmente harmônicos, podem ser contraditórios e conflitantes.²² Esse quadro exige uma ativa autolimitação daqueles detentores da emanção de parcelas do poder estatal. Esta autêntica autoconceção impõe que o poder, no marco democrático do estado de direito, só legitime-se através do seu exercício.

Isto significa que não basta apenas a regular investidura em parcela do poder estatal para que afira-se a legitimidade da opção feita pelo agente.²³ No marco democrático a decisão estatal pressupõe mais do que agente capaz, necessitando também de participação popular do

¹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. op. cit. pp. 17-18.

¹⁹ Assim, a “Constituição de um Estado democrático tem duas funções principais. Em primeiro lugar, compete a ela veicular consensos mínimos essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, e que não devem poder ser afetados por maiorias políticas ocasionais. (...) Em segundo lugar, cabe à Constituição garantir o espaço próprio do pluralismo político, assegurando o funcionamento adequado dos mecanismos democráticos”. BARROSO, Luís Roberto. op. cit. p. 89

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. Eficácia e Efetividade do Direito à Liberdade. *In* Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. V. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 15.

²¹ Nesse sentido “entende-se como Estado Democrático de Direito a organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos (...) o Estado Democrático de Direito é aquele que se pretende aprimorado, na exata medida em que não renega antes incorpora e supera, dialeticamente, os modelos liberal e social que o antecederam e que propiciaram o seu aparecimento no curso da História. (...) o princípio do Estado Democrático de Direito aparece como um super conceito, do qual se extraem diversos princípios, como o da separação dos Poderes, o do pluralismo político, o da isonomia, o da legalidade e, até mesmo, o princípio da dignidade da pessoa humana”. MENDES, Gilmar Ferreira *et ali*. Curso de Direito Constitucional, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 149.

²² Por isso “o constitucionalismo democrático, ao final da primeira década do século XXI, ainda se debate com as complexidades da conciliação entre soberania popular e direitos fundamentais”. BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. op. cit. p. 41.

²³ Como sabido o poder estatal é uno, mas sendo o Estado apresentado por seus órgãos e agentes, estes agem exercendo poder, seja na sua esfera de competência ou de atribuição.

cidadão²⁴ – no caso do processo do jurisdicionado – de busca do escopo da organização social e, por fim, de respeito aos direitos e garantias fundamentais.

Tratando do assunto, CABRAL:

No Estado Democrático de Direito, a tomada de decisão política deve ser precedida de um procedimento comunicativo que possibilite, respeitadas algumas regras do debate, o surgimento de um acordo ou posição racional sobre a conduta a ser praticada. Ainda que um consenso não se verifique na prática, a democracia deliberativa se favorece do fato de ter sido a decisão objeto de uma discussão argumentativa pluralista, retirando o indivíduo da condição de súdito (que se submete) para o status de ativo co-autor da elaboração da norma, verdadeiramente cidadão e partícipe desse processo.²⁵

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao abordar o princípio da motivação dos atos da Administração Pública traz lição que, obviamente com as devidas adaptações, é perfeitamente aplicável ao direito processual:

Dito princípio implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada (...)

O fundamento constitucional da obrigação de motivar está (...) implícito tanto no art. 1º, II, que indica a cidadania como um dos fundamentos da República, quanto no parágrafo único deste preceptivo, segundo o qual todo o poder emana do povo, como ainda no art. 5º, XXXV, que assegura o direito à apreciação judicial nos casos de ameaça ou lesão de direito. É que o princípio da motivação é reclamado quer como afirmação do direito político dos cidadãos ao esclarecimento do ‘porquê’ das ações de quem gere negócios que lhes dizem respeito por serem titulares últimos do poder, quer como direito individual a não se assujeitarem a decisões arbitrárias, pois só têm que se conformar às que forem ajustadas às leis.²⁶

Como já afirmado, tal preceito é totalmente empregável ao direito processual. Sendo a divisão dos poderes de caráter meramente funcional e garantístico, já que o poder é uno, conjugado com a afirmação constitucional de aspiração democrática de que “todo o poder emana do povo”, não está o Judiciário alheio a isto, pelo contrário.

Assim, aquele que leva uma pretensão ao Poder Judiciário tem o direito de saber os motivos e razões que ensejaram o acolhimento ou rejeição da mesma, em virtude do próprio Estado Democrático de Direito, já que aquele órgão julgador não é mais do que representante

²⁴ “A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo”. SILVA, José Afonso da. op. cit. p. 118

²⁵ CABRAL, Antônio do Passo. Nulidades no Processo Moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 115

²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 17ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 102-103.

deste indivíduo, verdadeiro titular do poder. Além disto a sociedade como um todo, e não somente aquele que participou efetivamente da relação processual também tem o direito de avaliar a conduta daquele que exerce poder em seu nome, e aí a motivação caminha com o princípio da publicidade das decisões judiciais.

Em suma, no Estado Democrático de Direito ninguém é autoridade, ninguém exerce poder, na seara pública, em nome próprio. Todos estão sujeitos à Lei e à Constituição.

BOBBIO afirma que um dos aspectos da moderna teoria política da liberdade é que “todo ser humano deve participar de maneira direta ou indireta da formação das normas que deverão posteriormente regular a sua conduta naquela esfera que não está reservada ao domínio exclusivo da sua jurisdição individual”.²⁷

A legitimação do exercício do poder perdeu a sua condicionante histórica da inspiração, da intenção divina. Tal legitimação não pode portanto ser aferida *a priori*, seja em virtude de um procedimento eletivo majoritário, ou proporcional, seja em decorrência da “aprovação em concurso público de provas e títulos”.²⁸

Destarte, para o poder ser exercido de forma democrática, e de acordo com o direito, só se compreende a sua legitimação como absolutamente cotidiana, entendida no seu próprio exercício constante. Em cada ato de poder, no que nos interessa aqui, em cada ato do Poder Judiciário este deve demonstrar que é legítimo, ou seja que está de acordo com a Lei e com a Constituição.²⁹

²⁷ BOBBIO, Norberto. op. cit. p. 490.

²⁸ Assim, DALLARI observa que “o juiz recebe do povo, através da Constituição, a legitimação formal de suas decisões, que muitas vezes afetam de modo extremamente grave a liberdade, a situação familiar, o patrimônio, a convivência na sociedade e toda uma gama de interesses fundamentais de uma ou de muitas pessoas. Essa legitimação deve ser permanentemente complementada pelo povo, o que só ocorre quando, segundo a convicção predominante, os juízes estão cumprindo seu papel constitucional, protegendo eficazmente os direitos e decidindo com justiça”. DALLARI, Dalmo de Abreu. O Poder dos Juízes, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 91.

²⁹ Característica básica do Estado de Direito é a limitação do poder – essencial à preservação da liberdade. “Podem-se distinguir (...) duas formas de limitação do poder: uma limitação material, que consiste em subtrair aos imperativos positivos e negativos do soberano uma esfera de comportamentos humanos que são reconhecidos livres por natureza (a chamada esfera de licitude); e uma limitação formal, que consiste em colocar todos os órgãos do poder estatal abaixo das leis gerais do mesmo Estado. A primeira limitação está fundada no princípio da garantia dos direitos individuais por parte dos poderes públicos; a segunda no controle dos poderes públicos por parte dos indivíduos. Garantia dos direitos e controle dos poderes são os dois traços característicos do Estado liberal. O primeiro dos dois princípios deu origem à proclamação dos direitos naturais; o segundo, à divisão dos poderes.

Tal só pode ser feito quando demonstrado que as razões de agir, os motivos que levaram a tal ato estão corretos, sendo assim a motivação das decisões judiciais inerentes a própria ideia de democracia, de legitimidade, de Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, observa BARBOSA MOREIRA que:

No Estado de Direito, todos os poderes sujeitam-se à lei. Qualquer intromissão na esfera jurídica das pessoas deve, por isso mesmo, justificar-se, o que caracteriza o Estado de Direito como (...) ‘Estado que se justifica’. (...) A intromissão é materialmente justificada, quando para ele existe fundamento: é formalmente justificada, quando se expõe, se declara, se demonstra o fundamento.³⁰

1.2 Contraditório

A Constituição da República, em seu art. 5º, LV, afirma que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.³¹ No tópico anterior, foi abordada a participação do indivíduo como sendo fundamental para garantir a legitimidade dos atos do Estado. Pois bem, naqueles atos que desenvolvem-se sobre a forma de um processo, seja ele judicial ou administrativo, conforme a dicção constitucional, a participação do interessado dá-se – e assim ocorre um dos elementos legitimadores da decisão proveniente – através da observância do contraditório:

O princípio do contraditório pode ser definido como aquele segundo o qual ninguém pode ser atingido por uma decisão judicial na sua esfera de interesses, sem ter tido a ampla possibilidade de influir eficazmente na sua formação em igualdade de condições com a parte contrária. (...) é a expressão processual do princípio político da participação democrática. (...) Essa compreensão

(...) proclamação dos direitos e a divisão dos poderes são os dois institutos fundamentais do Estado liberal entendido como Estado de direito, ou seja, como Estado cuja atividade é, em duplo sentido, isto é, materialmente e formalmente, limitada”. BOBBIO, Norberto. op. cit. p. 276.

³⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Motivação das Decisões Judiciais como Garantia Inerente ao Estado de Direito. *In* Temas de Direito Processual, Segunda Série, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 89.

³¹ Em que pese a expressa previsão constitucional, ainda subsiste muita polêmica na doutrina e jurisprudência acerca da possibilidade de contraditório no inquérito policial – claramente um procedimento administrativo. Aqueles que advogam a impossibilidade da realização da garantia nesta fase da persecução penal geralmente afirmam que “o indivíduo não seria parte, e sim objeto do inquérito policial”, em concepção assustadoramente autoritária. No marco democrático o indivíduo nunca pode ser referido como objeto. O objeto do inquérito é o próprio fato delituoso, em si, e não o indivíduo, o qual não está despido de seus direitos e garantias fundamentais. Sobre o tema vide Antonio Scarance Fernandes. *Processo Penal Constitucional*, 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

estendeu o contraditório também aos processos administrativos, o que está, inclusive, expresso na Constituição.³²

Isso porque, no marco, ainda do Estado de Direito do liberalismo clássico, a liberdade é a regra. Como princípio “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.³³ Assim, as intervenções na esfera de liberdade do indivíduo devem ser justificadas, ter por base um comando legal geral e abstrato, e não podem atingir o núcleo mínimo essencial garantido pela Constituição, que assegura a liberdade como possibilidade do indivíduo auto se determinar em uma série de aspectos, como a liberdade de consciência e de crença.³⁴

O contraditório, assim, é dado fundamental do processo. Pode-se observar inclusive que tal garantia careceria de positivação expressa, sendo lógica decorrência do princípio da participação democrática, e da própria garantia de acesso à justiça. Nesse sentido, observa GRECO:

Como componente essencial do direito de acesso à Justiça ou direito à tutela jurisdicional efetiva, constitucionalmente assegurado, o direito de influir por todos os meios idôneos nas decisões judiciais que possam atingir a sua esfera de interesses não depende de regulamentação por lei infra-constitucional. Se a lei ordinária é omissa, o direito das partes de incidir ativamente sobre o desenvolvimento e o êxito do juízo decorre diretamente da Constituição, na sua qualidade de norma imediatamente aplicável. Nos casos em que a lei considere essa audiência facultativa, a disposição facultativa deve considerar-se transformada em uma norma cogente.³⁵

É, também, como resultado do princípio da participação que se mostra fundamental a extensão da garantia também aos processos administrativos.³⁶

A afirmação da necessidade da exigência do contraditório nos processos administrativos tem se mostrado recorrente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.³⁷ No Recurso

³²GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 539.

³³ Art. 5º, II, da CR.

³⁴ Observa Luís Roberto Barroso que “o princípio da legalidade vem positivado no inciso II do art. 5º da Carta de 1988, na dicção de que ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’. Esta a cláusula constitucional genérica da liberdade no direito brasileiro: se a lei não proíbe ou não impõe um dado comportamento, têm as pessoas a autodeterminação para adotá-lo ou não. A liberdade consiste em ninguém ter de submeter-se a qualquer vontade senão a da lei, e, mesmo assim, desde que ela seja formal e materialmente constitucional. (...) As liberdades públicas delimitam espaços da esfera individual insuscetíveis – em princípio e por princípio –, de invasão pelo Estado. São as conquistas da humanidade na luta contra a tirania e o poder irresponsável”. BARROSO, Luís Roberto. Eficácia e Efetividade do Direito à Liberdade, op. cit. pp. 19-20.

³⁵ GRECO, Leonardo. O Princípio do Contraditório. In Estudos de Direito Processual. Campos dos Goytacazes: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2005, pp. 545-546.

³⁶ Assim, afirma Leonardo Greco que “como expressão do princípio político da participação democrática, o contraditório não é mais exclusivo do processo judicial, mas se estende a todas as atividades dos poderes públicos de que podem resultar decisões que atinjam a liberdade, o patrimônio ou a esfera de cidadãos determinados”. Idem, p. 546.

Extraordinário 158.543/RS, corriqueiramente citado como precedente acerca do tema, foi lavrada a seguinte ementa:

ATO ADMINISTRATIVO - REPERCUSSÕES - PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE - SITUAÇÃO CONSTITUIDA - INTERESSES CONTRAPOSTOS - ANULAÇÃO - CONTRADITÓRIO. Tratando-se da anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terao modificada situação ja alcançada. Presunção de legitimidade do ato administrativo praticado, que não pode ser afastada unilateralmente, porque e comum a Administração e ao particular.

Em seu voto, observou o Relator, Eminentíssimo Ministro Marco Aurélio de Mello:

A Administração Pública praticou auto cogitando dos parâmetros da integração de certa parcela aos proventos de aposentadoria dos Recorrentes. A seguir, tornou insubsistentes tais atos, reportando-se a determinados processos. Tomou-se o ato anterior como ilegal. Cumpre, então, perquirir se, na espécie, fez-se indispensável ou não a observância do princípio insculpido no inciso LV do rol das garantias constitucionais. Nele alude-se aos litigantes e ao processo judicial e administrativo, mencionando-se, após o direito ao contraditório, a ampla defesa com os meios e recursos a esta inerentes. O vocábulo “litigante” há de compreendido em sentido lato, ou seja, a envolver interesses contrapostos. (...) Logo, o desfazimento, ainda que sob o ângulo da anulação deveria ter ocorrido em cumprimento irrestrito ao que se entende como devido processo legal (lato sensu) a que o inciso LV do art. 5º objetiva preservar. O que não transparece razoável é entender-se que o segundo ato praticado, por também contar com a presunção de legitimidade, estaria a revelar como impróprio o contraditório, dispensada, assim, a participação, no processo administrativo, dos interessados. O contraditório e a ampla defesa assegurados constitucionalmente não estão restritos apenas àqueles processos de natureza administrativa que se mostrem próprios ao campo disciplinar.³⁸

Manteve o entendimento o Eminentíssimo Ministro Carlos Velloso:

Sob o pálio da Constituição de 1988 é indiscutível, é incontestável que o devido processo legal aplica-se a qualquer procedimento administrativo em que o patrimônio do administrado possa vir a ser, de qualquer modo, atingido, possa vir a ser, de qualquer modo, desfalcado.³⁹

A divergência foi expressa pelo Eminentíssimo Ministro Néri da Silveira, da seguinte forma:

³⁷ Impossível não mencionar a Súmula Vinculante de nº 03 da Corte Suprema, que afirma, no geral a existência do contraditório nos processos administrativos, mas apresenta uma exceção, cujas razões não cabe perquirir aqui: “Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão”.

³⁸ Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=212758>. Acesso em 02/02/2010.

³⁹ Idem.

Entendo que o dispositivo da Constituição não possui tão larga abrangência, à ponto de impedir a Administração de, tendo praticado um ato, anulá-lo, sem criar um contencioso administrativo, chamando a parte a vir a se defender perante a Administração e demonstrar as suas razões.⁴⁰

No Mandado de Segurança 23.550/DF, o entendimento foi mantido, com a seguinte ementa:

I. Tribunal de Contas: competência: contratos administrativos (CF, art. 71, IX e §§ 1º e 2º). O Tribunal de Contas da União - embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos - tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou.

II. Tribunal de Contas: processo de representação fundado em invalidade de contrato administrativo: incidência das garantias do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, que impõem assegurar aos interessados, a começar do particular contratante, a ciência de sua instauração e as intervenções cabíveis.

Vale a pena citar trechos do magistral voto do Eminentíssimo Ministro Sepúlveda Pertence, Relator para o acórdão do citado *mandamus*:

A Constituição, no art. 5º, LV, processualizou a atuação administrativa, sempre que se cuide de decidir conflito atual ou potencial de interesses, de modo a assegurar “aos litigantes (...) o contraditório e a ampla defesa”.

Os mais elementares corolários da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa são a ciência dada ao interessado da instauração do processo e a oportunidade de se manifestar e produzir ou requerer a produção de provas do seu interesse. (...)

De todo irrelevante a circunstância – a que se apegam as informações – de não haver previsão expressa da audiência dos interessados na Lei Orgânica do TCU, salvo no processo de tomada ou prestação de contas, dada a incidência direta, na hipótese, das garantias constitucionais do devido processo. (...)

Raia pelo óbvio, de qualquer sorte, que – cuidando-se da legalidade de contratos administrativos – as garantias do *due process of law* e do contraditório e ampla defesa, reclamam a audiência das partes, não apenas dos servidores públicos responsáveis por sua celebração – na espécie ouvidos –, mas também do particular contratante, cuja situação jurídica poderia vir a ser descontinuada, como foi, em virtude da decisão do Tribunal de Contas. (...)

Por último, é de notar que a defesa assegurada na Constituição e na lei há de ser prévia a decisão, não lhe suprindo a falta de admissibilidade a possibilidade de recurso.⁴¹

Deve ser notado ainda que a Lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999, a qual regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, assegura que o administrado tenha o direito de “ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas”; “formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente” – art. 3º, I e II.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85979>. Acesso em 02/02/2010. Grifamos.

Além disso, o conceito de interessado é muito mais amplo do que o conceito *stricto sensu* de “litigante”, agindo com correção o legislador infra constitucional, afirmando que tais podem ser “pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais”; **“aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que podem ser afetados pela decisão a ser adotada”** – art. 9º, I e II.

Em tais artigos citados, verifica-se claramente o tradicional núcleo do princípio do contraditório, qual seja, a necessidade de informação e a possibilidade de manifestação. Ocorre que tal conteúdo – ainda que remanesca fundamental – não é mais suficiente. A concepção moderna de contraditória vai além do mero direito de ser ouvido, garante ao indivíduo o direito de influir eficazmente na formação da decisão:

O acesso à Justiça, tal como é concebido modernamente no contexto das garantias da eficácia concreta dos direitos fundamentais, implica também na redefinição do alcance do princípio do contraditório, como projeção processual do princípio político da participação democrática; contraditório que não se resume ao direito de ser ouvido, mas que impõe o direito de influir eficazmente na decisão, através de um diálogo jurídico que construa uma ponte sobre o abismo de comunicação que separa a atividade das partes de oferecer alegações e produzir provas e o seu reflexo sobre a inteligência do juiz na qual se produz a decisão; contraditório que assegure às partes o direito a pelo menos uma audiência oral, se por elas considerada necessária, possibilitando a convivência humana espontânea com o juiz e o exercício da auto-defesa por meio do chamado interrogatório livre; contraditório que trate as partes com efetiva igualdade ou paridade de armas, de acordo com as circunstâncias da causa, outorgando a ambas amplas possibilidades de influenciar a decisão; contraditório com flexibilidade de prazos, cuja razoabilidade ou congruidade deve ser aferida em cada caso.⁴²

O contraditório reflete, ainda, a perspectiva democrática do processo⁴³, ao estabelecer uma estrutura dialética, prévia e necessária à tomada da decisão.⁴⁴⁴⁵ O contraditório – real e efetivo – legitima a decisão tomada, a conseqüente interferência na esfera de liberdade do indivíduo.⁴⁶ Nos marcos do Estado Democrático de Direito e do acesso à justiça como acesso à

⁴² GRECO, Leonardo. O Acesso ao Direito e à Justiça. Estudos de Direito Processual. op. cit. p. 212.

⁴³ Isso porque “o processo assim, em um Estado democrático e, principalmente, em uma sociedade também democrática, revela-se produto da contribuição dialética de muitos e não da ação isolada de um só, ainda que este um – mesmo sendo o juiz – atue informado pela disposição de encontrar a solução mais justa, ou, (...) ainda que este atue para o povo”. PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais, 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 33.

⁴⁴ Nesse sentido, observa Frederico Marques que “o processo de conhecimento tem por substrato o contraditório, pelo que se reveste de feição nitidamente dialética. A tese da acusação opõe-se a antítese da defesa, e à pretensão punitiva da acusação, a resistência do réu para garantir seu direito de liberdade”. MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal, vol. I, 1ª edição. Campinas: Bookseller, 1998, p. 341.

⁴⁵ Aury Lopes Jr. afirma que “o contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas. (...) o contraditório é observado quando se criam as condições ideais de fala e oitiva da outra parte”. LOPES JR., Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal, 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2006, pp. 229-230.

⁴⁶ Segundo Cândido Rangel Dinamarco “o exercício do poder só se legitima quando preparado por atos idôneos segundo a Constituição e a lei, com a participação dos sujeitos interessados. (...) o que legitima os atos de poder não é a mera e formal

ordem jurídica justa, o contraditório se aprimora, não sendo mais somente o direito à informação e a concessão da possibilidade de manifestação. O contraditório deste marco, claramente participativo, amplia-se para ser considerado como o próprio direito de influenciar a tomada da decisão.⁴⁷

Assim, poder-se-ia falar em duas dimensões do contraditório, uma formal, e outra substancial.⁴⁸ A dimensão formal é aquela na qual o “contraditório deve ser visto basicamente como o direito de participar, de manter uma contraposição em relação à acusação e de estar informado de todos os atos desenvolvidos no *inter procedimental*”.⁴⁹ Esta não é de menor importância, já que “a efetividade das oportunidades para participar depende sempre do conhecimento que a parte tenha do ato a ser atacado. O sistema inclui, portanto, uma atividade, posta em ação pelo juiz e seus auxiliares, consistente na comunicação processual e destinada a oferecer às partes ciência de todos os atos que ocorrem no processo”.⁵⁰

A dimensão substancial é o próprio direito de influência, que exige, por exemplo, a possibilidade de se travar um diálogo efetivo com o juiz da causa, e traz grandes implicações para uma série de outras questões do direito processual, como no exercício da defesa, no direito de apresentação de provas e na motivação das decisões judiciais.⁵¹ Esta dimensão substancial faz

observância dos procedimentos, mas a participação que mediante o correto cumprimento das normas procedimentais tenha sido possível aos destinatários. Melhor falar, portanto, em legitimação pelo contraditório e pelo devido processo legal”. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, vol. I, 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 215.

⁴⁷ Gilmar Ferreira Mendes, abordando a pretensão à tutela jurídica observa que “no Direito alemão, assinala a Corte Constitucional que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (...); direito de ver seus argumentos considerados”. MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit. p. 547.

⁴⁸ Para Fredie Didier Jr. o “princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder. (...) A garantia da participação é a dimensão formal do princípio do contraditório. Trata-se da garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo. (...) Há, porém, ainda, a dimensão substancial do princípio do contraditório. Trata-se do ‘poder de influência’. Não adianta permitir que a parte simplesmente participe do processo. (...) Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do órgão jurisdicional – e isso é o poder de influência, de interferir com argumentos, ideias, alegando fatos, a garantia do contraditório estará ferida”. DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil, vol. 1, 12ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 52.

⁴⁹ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional, vol. I, 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 185.

⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit. p. 217.

⁵¹ Nesse sentido “o Estado deve, em respeito ao direito de influência, tomar em consideração a linha argumentativa dos participantes do debate, demonstrando que a decisão é fruto daquele condicionamento específico e não de pré-compreensões isoladas, solitárias, extraídas de um ‘diálogo de um homem só’ ou de ‘monólogos em paralelo’. Trata-se do dever de atenção às alegações, intrinsecamente conectado ao dever de motivação das decisões estatais. A este dever dos órgãos estatais vem o correlato direito de ver sua linha argumentativa considerada ou direito de consideração”. CABRAL, Antonio do Passo. op. cit. p. 151.

com que o direito de defesa não limite-se ao seu sentido negativo – resistência ou oposição. A dimensão positiva de tal direito é exatamente a possibilidade de influir – direta e eficazmente – no resultado do processo.⁵²

No processo penal⁵³, mesmo a dimensão formal do contraditório não contenta-se com a mera “possibilidade de manifestação”.⁵⁴ Afinal, estando em jogo a liberdade ambulatorial do indivíduo, “não se satisfaz a jurisdição penal (...) com a simples possibilidade de contraditório (...) reclama o processo penal de conhecimento (...) o contraditório efetivo, real, a fim de que perquerida, com absoluto rigor, a verdade material, ou atingível, reste devidamente assegurada a liberdade jurídica do acusado”.⁵⁵

Neste ponto, observa BADARÓ que:

A mudança de concepção sobre o princípio da isonomia, com a superação da mera igualdade formal e a busca de uma igualdade substancial, trouxe a necessidade de igualar os desiguais, refletindo-se também no princípio do contraditório. (...) A incidência da igualdade substancial no contraditório mostrou a necessidade de implementá-lo e efetivá-lo. O contraditório deixa de ser uma mera possibilidade para se transformar em uma realidade. Deve haver uma real e igualitária participação dos sujeitos processuais ao longo de todo o processo, assegurando a efetividade e plenitude do contraditório. (...) Esse contraditório efetivo e equilibrado não mais se satisfaz com a mera possibilidade de reação. É necessário estimular e buscar a reação, para que a estrutura dialética do processo se aperfeiçoe através de tese de antítese com conteúdos e intensidades equivalentes, para se atingir uma síntese que, apoiada em premissas simétricas, seja mais justa.⁵⁶

Isto implica que:

No processo penal é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. Pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhe os meios para que tenha condições reais de contrariá-los. Liga-se, aqui, o

⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. As Nulidades no Processo penal, 11ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 113.

⁵³ Idem para os processos não penais que tratem de direitos indisponíveis.

⁵⁴ Isto porque “no processo penal, a pretensão punitiva é sempre insatisfeita, pois a pena não pode ser aplicada senão através do processo, em decorrência do interesse do próprio Estado de tutelar a liberdade do réu, direito indisponível – *nulla poena sine iudicio*”. JARDIM, Afrânio Silva. Direito Processual Penal, 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 34.

⁵⁵ TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro, 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 45.

⁵⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação Entre Acusação e Sentença, 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 30-31.

contraditório ao princípio da paridade de armas, sendo mister, para um contraditório efetivo, estarem as partes munidas de forças similares.⁵⁷

Leonardo Greco aponta diversos aspectos fundamentais do princípio do contraditório. O primeiro deles seria a audiência bilateral, aqui já tratada, caracterizada como tempestiva e adequada notificação da propositura da causa e de todos os atos processuais, e ampla possibilidade de impugnação e contrariedade.⁵⁸ A plena eficácia deste aspecto implica que o contraditório deva ser anterior à prolação da decisão. Eventual postergação só seria justificada em casos excepcionais, através de séria ponderação dos interesses em jogo, e dos efeitos da antecipação ou não da decisão.⁵⁹

O segundo componente essencial seria “o conjunto de prerrogativas que poderíamos resumir sob o título de ampla defesa”.⁶⁰ Tal é de fundamental importância, por exemplo, na gestão probatória do processo.

Aponta como terceiro componente a flexibilidade dos prazos, defendendo que “o processo justo (...) confere ao juiz o poder de (...) dosar os prazos de acordo com as necessidades defensivas da parte, que variam em função da causa e as imposições do próprio direito material”.⁶¹

Quarto aspecto fundamental seria a igualdade, devendo as partes desfrutar “concretamente das mesmas oportunidades de sucesso final, em face das circunstâncias da causa”.⁶² Esse fator apresenta relevo na questão probatória, possibilitando que seja adotada, por exemplo, a técnica de inversão do ônus da prova em benefício do consumidor – art. 6º, III da Lei 8.078/90.

⁵⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 57.

⁵⁸ GRECO, Leonardo. *O Princípio do Contraditório*. op. cit. p. 547.

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ Ibidem. p. 548.

⁶¹ Ib. p. 549. Podemos observar que, em regra, a existência de prazos previamente definidos em lei representa uma garantia, no sentido de que traz previsibilidade à parte, impedindo que prazo menor que este lhe seja conferido. Ocorre que, como tentaremos abordar ao tratar da prova pericial, a complexidade de múltiplas relações inerentes à modernidade têm reflexos significativos no processo. É impensável, se adotarmos uma mínima perspectiva de racionalidade, que a parte tenha o mesmo prazo para se manifestar, p. ex., em um processo complexo que trata da reparação por dano ambiental do que numa ação de cobrança de dívida.

⁶² Ib. p. 550.

Por fim, reiteramos que o contraditório é um dos dados mais essenciais do processo, desde que este tenha uma perspectiva democrática, e que o anseio por uma pretensa efetividade não o impeça de buscar a produção de decisões justas. Sendo o contraditório expressão do princípio da participação – característico e fundamento do Estado Democrático de Direito – a correta observância deste é fundamental para a própria legitimação da jurisdição.⁶³ Isto porque os atos decisórios do Poder Judiciário influem diretamente na liberdade e em outros direitos fundamentais do jurisdicionado. Qualquer ato que atinja a esfera de liberdade do indivíduo só se justifica se possível e efetiva a participação deste. A busca da legitimidade impõe um comportamento democrático aos órgãos componentes do Judiciário.

Esta concepção de contraditório influi de forma decisiva em uma série de outros institutos do processo, precipuamente, ao que interessa agora, na fundamentação das decisões judiciais e no direito à prova, como procuraremos demonstrar.

1.3 Garantismo Processual

Em uma concepção de direito processual em que este seja considerado como uma garantia do indivíduo contra pretensões arbitrárias e injustas, a motivação das decisões judiciais assume claramente o papel de salvaguarda, da necessária demonstração de que a racionalidade predominou sobre o poder. Especialmente tratando-se do direito processual penal, o modelo garantista não admite qualquer imposição de pena sem que os fatos sejam verificados através de uma prova empírica, levada pela acusação a um juiz imparcial em um processo público, contraditório, com amplitude de defesa e mediante um procedimento legalmente preestabelecido.⁶⁴

⁶³ Isso porque “no sistema constitucional-democrático, o poder não está autolegitimado, não se basta por si próprio. Sua legitimação se dá pela estrita observância das regras do devido processo penal”. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, vol. I. op. cit. p. 195.

⁶⁴ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. op. cit. pp. 263-264.

Algumas considerações são necessárias. O processo penal, em regra, tutela um interesse absolutamente indisponível – a liberdade. Além disso, ao menos nas ações de iniciativa do Ministério Público o réu é sempre a parte débil da demanda. Por isso, a efetividade no processo penal, e o próprio conceito de instrumentalidade deste, assumem contornos diversos do que no processo civil.⁶⁵

Uma das características fundamentais do processo penal é, como vimos, que neste a pretensão punitiva é sempre insatisfeita. O princípio do *nulla poena sine iudicio* impõe que a pena não possa ser aplicada senão através do processo.⁶⁶ Assim, o processo penal é o instrumento através do qual o Ministério Público – ou os particulares, nos casos da ação penal de iniciativa privada, e subsidiária da pública – submetem ao Estado-juiz a sua pretensão de aplicação da pena em relação a um determinado indivíduo.

Ocorre que, o processo não é um “instrumento de mão única”. Não é só a aplicação do direito penal que está em jogo. A preservação da liberdade do indivíduo é outro direito assegurado pelo ordenamento, vivendo assim, o processo penal essa aparente contradição. Contradição porque, assegurar a aplicação do direito penal – essencialmente punitivo – e garantir a liberdade parecem objetivos distintos. Só que tal contradição é aparente. No marco histórico-constitucional da afirmação da liberdade e dos direitos individuais, a aplicação do direito penal só justifica-se, só legitima-se, observado um procedimento prévio que busque, prioritariamente, assegurar a liberdade do indivíduo.⁶⁷

Também refutando a oposição entre efetividade e garantismo, FERNANDES:

A história do processo penal é marcada por movimentos pendulares, ora prevalecendo ideias de segurança social, de eficiência repressiva, ora predominando pensamentos de proteção ao acusado, de afirmação e preservação de suas garantias. Essa diversidade de encaaminhamentos são manifestações naturais da eterna busca de equilíbrio entre o ideal de segurança social e a

⁶⁵ Afirma Aury Lopes Jr. que “o processo, como instrumento para a realização do Direito Penal, deve realizar sua dupla função: de um lado, tornar viável a aplicação da pena, e, de outro, servir como efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do Estado. Nesse sentido, o processo penal deve servir como instrumento de limitação da atividade estatal, estruturando-se de modo a garantir plena efetividade aos direitos individuais constitucionalmente previstos”. LOPES JR., Aury. Idem. p. 38.

⁶⁶ Em tese isso fulminaria que se adotasse, entre nós, o *plea bargain* característico do direito norte-americano.

⁶⁷ Por isso, “sob certo aspecto, o processo penal representa mais uma forma de autolimitação do Estado do que um instrumento destinado à persecução criminal. Pelo princípio *nulla poena sine iudicio*, o Estado há de submeter a sua pretensão punitiva ao crivo do Poder Judiciário, tendo o ônus de alegar e provar determinada prática delituosa, assegurados constitucionalmente a instrução contraditória e o princípio da ampla defesa”. JARDIM, Afrânio Silva. op. cit. p. 307.

imprescindibilidade de se resguardar o indivíduo em seus direitos fundamentais. Essa dicotomia é, em regra, representada pelo confronto entre eficiência e garantismo no processo penal. Em uma visão moderna, esses dois vetores não se opõem, pois não se concebe um processo eficiente sem garantismo.⁶⁸

O conceito de instrumentalidade do processo penal, apresenta, portanto, caráter mais destacado do que nos processos não penais. Isto porque, o processo é a única forma de satisfação da pretensão, e além disso apresenta tal instrumentalidade uma conformação mais substancial – em virtude da indisponibilidade do interesse em jogo:

A *strumentalità* do processo penal reside no fato de que a norma penal apresenta, quando comparada com outras normas jurídicas, a característica de que o preceito tem como conteúdo um determinado comportamento proibido ou imperativo e a sanção tem como destinatário aquele poder do Estado, que é chamado a aplicar a pena. Não é possível a aplicação da reprovação sem o prévio processo, nem mesmo no caso de consentimento do acusado, pois ele não pode se submeter voluntariamente à pena, senão por meio de um ato judicial (*nulla poena sine iudicio*). Essa particularidade do processo penal demonstra que seu caráter instrumental é mais destacado que o do processo civil. (...)

A instrumentalidade do processo não significa que ele seja um instrumento a serviço de uma única finalidade, qual seja, a satisfação de uma pretensão (acusatória).

Ao lado dela, está a função constitucional do processo, como instrumento a serviço da realização do projeto democrático.⁶⁹

Assim, o garantismo, mais do que uma opção político-ideológica de determinada conformação de processo, caracteriza-se – ao menos na nossa ordem constitucional democrática – como uma projeção absolutamente necessária e indispensável da perspectiva democrática naqueles procedimentos que tutelem direitos fundamentais do indivíduo.

Nesse diapasão o respeito a tais garantias, erige-se em fonte de legitimação da jurisdição penal, exigência indeclinável para a aplicação da pena.

⁶⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. op. cit. p. 19.

⁶⁹ LOPES JR. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional, vol. I. op. cit. pp. 24-25.

1.4 Conteúdo e efetividade da garantia de motivação das decisões judiciais

1.4.1 Fundamentos da garantia

A necessidade de motivação das decisões judiciais está consagrada na Constituição de 1988, que dispõe, no inciso IX do artigo 93, *in verbis*: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)”. Digno de nota a previsão de nulidade das decisões não fundamentadas, prevista expressamente, destoando da Constituição majoritariamente prospectiva.

Os diplomas processuais reiteradamente trazem explícita tal obrigação. O artigo 381, III do Código de Processo Penal dispõe que “a sentença conterá a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”. O parágrafo único do art. 386, também do CPP, afirma que “o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva”. O artigo 315 determina que “o despacho que decretar ou denegar a prisão preventiva será sempre fundamentado”.

No Código de Processo Civil também há várias previsões. O artigo 131 determina que “o juiz apreciará livremente a prova (...); mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”. O inciso II do artigo 458 afirma como requisito essencial da sentença “os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”. O § 1º do art. 273 dispõe que “na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento”. Por fim, o artigo 165 afirma que “as sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso”.

Deve apontar-se que, assim como ocorrido com o contraditório, a observância da garantia da motivação das decisões judiciais, extrapolou o âmbito dos processos judiciais, no marco da Constituição democrática:

A obrigatoriedade de motivar decisões, tradicional no Direito Processual, geralmente expressa quanto aos atos decisórios jurisdicionais típicos do Poder Judiciário, estendeu-se, com a Carta de 1988, a seus próprios atos administrativos com características decisórias. (...) o princípio da motivação abrange as decisões administrativas tomadas por quaisquer dos demais Poderes (...) se o Poder Judiciário, a quem caberá sempre o controle final da juridicidade de qualquer decisão, está obrigado à motivação das suas decisões administrativas, com mais razão a ela também estarão os Poderes Legislativo, Executivo e os órgãos constitucionalmente autônomos, em suas respectivas decisões administrativas, pois só assim ficará garantida a efetividade do controle.⁷⁰

Tradicionalmente associa-se a garantia da motivação das decisões judiciais aos aspectos de conhecimento das razões de decidir do órgão julgador, pelas partes; e da possibilidade de acesso às instâncias recursais:

A exigência da motivação justifica-se, porquanto permite às partes concluírem se aquela atividade intelectual desenvolvida pelo Juiz lhe permitia chegar àquela conclusão. (...) Sem que houvesse a fundamentação, tal como ocorria à época do processo inquisitivo, somente Deus e a consciência do Magistrado saberiam se a sentença refletiu um ato de justiça ou injustiça, um leal cumprimento do dever ou uma prevaricação, a vontade da lei ou a realização de um desejo insopitável de maldade. (...) Interessa (...), em particular, às partes em litígio saber se a decisão foi ou não acertada. E somente com a exigência da motivação, da fundamentação, permitir-se-ia à sociedade e às partes a fiscalização da atividade intelectual do Magistrado no caso decidido. Como poderiam as partes conformar-se com uma sentença sem motivação? Como poderiam elas interpor recursos sem conhecer as razões do decidir? Motivando a sentença, o Juiz dá a demonstração de que cumpriu, com lealdade, a função de entregar a prestação jurisdicional que lhe foi pedida.⁷¹

É a tradicional concepção endoprocessual da obrigação de motivar, que dirige-se prioritariamente as partes e aos próprios juízes, que controlarão a decisão nas instâncias recursais. BARBOSA MOREIRA, abordando as razões capazes de justificar a exigência observa que:

Numa linha tradicional de pensamento, elas se relacionam, sobretudo, com certa preocupação de racionalizar a atividade jurisdicional, assumindo, em primeiro plano, significação técnica. Assim é que se registra, por exemplo, a importância da motivação para a correta interpretação do julgado, para a determinação precisa do respectivo conteúdo (...). Com maior vigor ainda costuma-se acentuar o papel da motivação na economia das impugnações (...): só o conhecimento das razões de decidir pode permitir que os interessados recorram adequadamente e que os órgãos superiores controlem com segurança a justiça e a legalidade das decisões submetidas à sua revisão.⁷²

À esta função agrega-se outra, caracterizada como extraprocessual, qual seja, possibilitar o controle da sociedade sobre a atuação jurisdicional:

⁷⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. op. cit. p. 101.

⁷¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, vol.4, 25ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 251-252.

⁷² MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Motivação das Decisões Judiciais como Garantia Inerente ao Estado de Direito. In Temas de Direito Processual, Segunda Série, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 86.

Evoluiu a forma de se analisar a garantia da motivação das decisões. Antes, era tratada como garantia técnica do processo, com objetivos endoprocessuais: proporcionar às partes conhecimento da fundamentação para impugnar a decisão; permitir aos órgãos judiciários de segundo grau o exame da legalidade e da justiça da decisão. Agora é vista como garantia de ordem política, garantia da própria jurisdição. Os destinatários da motivação não são somente as partes e os juizes de segundo grau, mas também a comunidade que, pela motivação, tem condições de verificar se o juiz decide com imparcialidade e com conhecimento da causa. Às partes sempre interessa verificar na motivação se as suas razões foram objeto de exame pelo juiz. A este também importa a motivação, pois, mediante ela, evidencia a sua atuação imparcial e justa.⁷³

No mesmo sentido:

O tratamento mais moderno do problema utiliza outro enfoque. (...) Vai-se firmando a convicção de que o problema se põe, antes de tudo, no plano dos princípios fundamentais, de ordem política, que devem presidir à disciplina da atividade estatal, *in genere*, e da atividade jurisdicional, *in specie*. Nesse contexto, avulta a ideia de garantia como inspiração básica e fim precípua da imposição do dever de enunciar, publicamente, as razões justificativas da decisão proferida.⁷⁴

Assim, a garantia representa uma concepção democrática do exercício do poder.⁷⁵

Portanto constitui a motivação – assim como as demais garantias processuais – uma limitação ao arbítrio.⁷⁶ Isto porque, “*en un auténtico Estado de Derecho (...) no basta que el órgano judicial esté convencido de que tal o cual proposición sea verdadera o falsa: es necesario, además, que él indique en la sentencia las razones de su convecimiento. (...) El Estado de Derecho no está autorizado para interferir en nuestra esfera personal sin justificar su interferencia*”.⁷⁷

A importância da garantia é tão grande que, como visto, a própria Constituição atribui sanção – nulidade – à ausência desta.⁷⁸ Afirma-se ainda o aspecto pedagógico da motivação das

⁷³ FERNANDES, Antonio Scarance. op. cit. 127.

⁷⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. op. cit. p. 87.

⁷⁵ Observa Michele Taruffo que “*in molti ordinamenti l’obbligo di motivazione delle sentenze costituisce una garanzia di livello costituzionale. La costituzionalizzazione di tale obbligo, già a tempor presente nei codici processuali, implica una trasformazione nelle funzioni che si assegnano alla motivazione. Alla tradizionale funzione endoprocessuale, secondo la quale la motivazione della sentenza è finalizzata a facilitare l’impugnazione e il giudizio sull’impugnazione, si è infatti aggiunta una funzione extraprocessuale: la motivazione rappresenta infatti la garanzia della controllabilità dell’esercizio del potere giudiziario al di fuori del contesto procesuale, e quindi da parte del quivis de populo edell’opinione pubblica in generale. Ciò discende da una concezione demarcata del potere, secondo la quale l’esercizio del potere deve sempre poer essere controltato dall’esterno*”. TARUFFO, Michele. Considerazioni su Prova e Motivazione. op. cit. p. 171.

⁷⁶ Observa Perfecto Andrés Ibañez que “em verdade, em nosso país, na Espanha, como em outros da Europa, apareceu o dever de motivar como consequência prioritariamente, de exigências de caráter político: busca-se, com ele, uma garantia contra o arbítrio”. IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Valoração da Prova e Sentença Penal. Org.: Lédio Rosa de Andrade. Tradução: Lédio Rosa de Andrade e outros. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

⁷⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Prueba y Motivación de 30a Sentencia*. In Temas de Direito Processual, Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 107.

⁷⁸ Observa TOURINHO que “sentença sem motivação é um corpo sem alma. É nula. (...) Sentença sem motivação é uma não-sentença”. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, vol.4. op. Cit. p. 253.

decisões judiciais – associadas à necessária publicidade – em mais um claro aspecto da função extraprocessual da garantia.⁷⁹

Dessa forma poderíamos enunciar diversas funções e destinatários da garantia da motivação das decisões judiciais. Os primeiros destinatários da garantia seriam as próprias partes do processo. A motivação permitiria que estas, conhecendo as razões de decidir do juízo resignassem-se ou intepusessem o recurso competente.

Outros destinatários da garantia seriam os juízes a quem competeria controlar a decisão em grau recursal. Além destes a própria sociedade, que através da motivação, poderia exercer o controle democrático do Poder Judiciário, e através de tal conhecimento reforçar a previsibilidade e a segurança jurídica.

Ocorre que, tal função de conhecimento e controle, não é meramente demonstrativa – e aí, a função da motivação apresenta-se inexoravelmente ligada à seu próprio conteúdo – **o controle da decisão judicial, pelos diretamente interessados e pela sociedade, deve ser o controle da própria racionalidade da decisão** (além da óbvia legalidade), racionalidade esta que também verifica-se indispensável na legitimação do poder.

Assim, a motivação das decisões judiciais, direito da parte e da sociedade, é um dever dos juízes:

Todo provimento jurisdicional deve ser motivado, apresentando justificação suficiente do seu conteúdo e evidenciando o respeito ao contraditório participativo através do exame e consideração de todas as alegações e provas pertinentes apresentadas pelas partes. A motivação atende a dupla exigência. (...) as partes e o público têm o direito de conhecer as razões que sustentam a decisão e de verificar se essa fundamentação é logicamente consistente e se é capaz de convencê-los de que o juiz empenhou-se para que a decisão fosse a mais acertada e a mais justa possível. (...) **o juiz tem o dever de demonstrar que examinou todos argumentos relevantes de fato e de direito apresentados pelas partes, porque somente assim terão estas a certeza de que o contraditório participativo foi respeitado, ou seja, de que o juiz efetivamente considerou toda a atividade desenvolvida pelas partes para influir na sua decisão.** Não é certo dizer que uma fundamentação racionalmente consistente atende à

⁷⁹ Nesse sentido, vide FERNANDES, José Henrique Lara. O Devido Processo Legal e a Fundamentação das Decisões Judiciais na Constituição de 1988. *In* Direito Processual e Direitos Fundamentais. Org.: Leonardo Greco; Fernando Gama de Miranda Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. “Deve, pois, a fundamentação, traduzir a conclusão de um debate de ideias que se trava no curso do processo, dirigindo-se às partes, aos demais juízes que deverão tomar conhecimento da demanda em grau de recurso, à comunidade jurídica, e ao público em geral, destacando-se o papel pedagógico do provimento jurisdicional, de extraordinária importância para a estabilidade das relações sociais”. pp. 61-62

exigência de motivação. Isso não basta. É preciso demonstrar que todas as alegações, fatos e provas potencialmente relevantes foram examinados.⁸⁰

Inegavelmente o processo é – ou ao menos busca ser – um instrumento da razão. A estrutura dialética do processo, organizada através da exigência do contraditório, representa o meio pelo qual acredita-se possível a obtenção de decisões justas. Tais decisões não podem ser baseadas em impressões, critérios intuitivos ou emoções, sob pena de se cristalizar o mais puro arbítrio. O juízo racional – preicpuamente sobre os fatos –, a busca e a crença que o processo possa alcançar este objetivo, é a única forma de conseguir que este seja um efetivador da justiça.

Isto porque, como já visto, a participação e justificação são elementos essenciais à legitimação da decisão, e conseqüentemente do exercício da jurisdição. Justificar emoções ou intuições é impossível.⁸¹

É desnecessário discorrer sobre o poder que possuem os juízes. A independência de que estes gozam é assegurada constitucionalmente.⁸² Tais garantias são fundamentais para que estes possam exercer corretamente a sua função. Com a superação do sistema das provas legais⁸³, e a consagração do livre convencimento – ainda que motivado – o poder dos juízes foi incrementado.

Nessa seara, “para conferir racionalismo e legitimidade a toda essa independência de que goza o juiz, é preciso exigir que preste contas do que decide, explicitando as razões pelas quais chega às conclusões adotadas”.⁸⁴ Portanto, podemos apontar como marcos para o controle de motivação de tais decisões a exigência de racionalidade; e o respeito ao contraditório participativo. Talvez o ponto mais sensível da garantia seja a valoração da prova⁸⁵.

⁸⁰ GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo. Estudos de Direito Processual.* op. cit. p. 254. Grifamos.

⁸¹ Observa Perfecto Andrés Ibañez que “o juiz que assuma com profissionalismo e atividade intelectual o dever de motivar se esforçará para eliminar de seu discurso valorativo aqueles elementos cuja utilização não seja susceptível de justificação racional, para mover-se, unicamente, no âmbito do racionalmente justificável”. IBAÑEZ, Perfecto Andrés. op. cit, p. 48.

⁸² Art. 95 da CR.

⁸³ É relevante observar que o sistema das provas legais – não esquecendo de suas limitações – decorreu, também, da luta contra o arbítrio judicial.

⁸⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit. p. 243.

⁸⁵ Afirma Aury Lopes Jr. que “A motivação das decisões judiciais é uma garantia expressamente prevista no art. 93, IX, da Constituição e é fundamental para avaliação do raciocínio desenvolvido na valoração da prova. Serve para o controle da eficácia

A motivação deve servir para assegurar que o conhecimento predomine sobre o poder:

Ele exprime e ao mesmo tempo garante a natureza cognitiva em vez da natureza potestativa do juízo, vinculando-o em direito, à estrita legalidade, e, de fato, à prova das hipóteses acusatórias. É por força da motivação que as decisões judiciais resultam apoiadas, e, portanto, legitimadas por asserções, enquanto tais verificáveis e falsificáveis ainda que de forma aproximada; que a validade das sentenças resulta condicionada à verdade, ainda que relativa, de seus argumentos; que, por fim, o poder jurisdicional não é o poder desumano puramente potestativo da justiça de cádi, mas é fundado no saber, ainda que só opinativo e provável, mas exatamente por isso refutável e controlável tanto pelo imputado e sua defesa como pela sociedade. Precisamente, a motivação permite a fundação e o controle das decisões seja de direito, por violação de lei ou defeito de interpretação ou subsunção, seja de fato, por defeito ou insuficiência de provas ou por explicação inadequada do nexo entre convencimento e provas. (...)
E pode ser, portanto, considerado o principal parâmetro tanto da legitimação interna ou jurídica quanto da externa ou democrática da função judiciária.⁸⁶

Assim, confundindo-se com a legitimação abordada anteriormente, a decisão somente estará legitimada quando contiver argumentos válidos, amparados pelas asserções estabelecidas, sendo necessário que tais raciocínios sejam submetidos ao contraditório e sejam refutáveis.

A questão da refutabilidade assume importância no próprio aspecto da apreensão do conhecimento. O argumento não refutável, não falseável é aquele que está de tal forma amparado em um juízo de valor feito *a priori* que não admite contestação. Se tal argumento não permite contestação, ou seja, não submete-se, nem em perspectiva ao contraditório, não tem validade no processo. A perspectiva de eventual refutação é intrínseca a própria validade do argumento, na presente da cognoscibilidade da razão justificativa da decisão, já que produzido em um viés de colaboração e participação dos interessados.

Certo é que a exigência da motivação decorre de uma multiplicidade de razões, revelando diversas funções da garantia. Primeiramente possibilitar que a parte, ao conhecer as razões do *decisium*, possa interpor o recurso pertinente, ou resignar-se. Também é a motivação fundamental para que os juízes que têm a função de atuar na revisão das decisões possam exercer seu mister.

Dessa maneira, **nesse primeiro aspecto, a garantia permite o controle das decisões judiciais por esses atores.** O segundo aspecto da garantia, atrelada à publicidade das decisões, é

do contraditório, e de que existe prova suficiente para derrubar a presunção de inocência”. LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional, vol. I. op. cit. p. 195.

⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. op. cit. pp. 573-574.

o controle externo, ou seja, o controle da própria sociedade da administração da justiça, além da já mencionada função pedagógica, através do conhecimento, pela coletividade, das opiniões dos órgãos do Poder Judiciário.

Tal controle não é algo meramente formal, como também não o é a garantia, vez que não contenta-se com a mera existência de alguma espécie de fundamentação. A decisão judicial representa – ou ao menos deve representar – o resultado da atividade intelectual do juízo, atividade necessariamente racional, e exercida de acordo com os ditames das garantias constitucionais do processo.

Entre nós os juízes não são eleitos, o que retira qualquer expectativa de legitimação pela investidura dos membros do Poder Judiciário. Tampouco o consenso pode ser invocado, já que, em regra, a decisão judicial é o produto de um confronto entre pretensões díspares – no processo penal é evidente tal contradição.

A legitimidade também não pode ser afirmada através de um positivismo tacanho, que atribui tal elemento única e exclusivamente à opção feita pelo constituinte originário. Pois bem, este, o constituinte, optou, através da aplicação do instituto do concurso público, por uma modalidade de investidura técnica dos juízes⁸⁷ – exceção ao quinto constitucional e à indicação de Ministros dos Tribunais Superiores.

Evidente, portanto, que descabido falar em uma legitimação *a priori* do Poder Judiciário. Essa legitimação decorre, pois, da sua própria função, do seu exercício cotidiano, qual seja, garantir a observância dos direitos e garantias constitucionalmente assegurados.⁸⁸

Sendo a motivação uma garantia fundamentada fortemente na racionalidade⁸⁹, claro está que ela cumpre esse papel de controle da própria racionalidade do pronunciamento decisório:

⁸⁷ Ao tratar do livre convencimento motivado, observa Leonardo Greco que “o seu grande perigo foi e continua a ser o espaço de aparentemente incontrolável arbítrio judicial que introduziu no sistema probatório, tanto mais nefasto quanto mais impessoal e técnica é a forma de investidura do juiz profissional”. GRECO, Leonardo. O Conceito de Prova. Estudos de Direito Processual. op. cit. p. 459.

⁸⁸ “O fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição”. LOPES JR., Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal. op. cit. p. 47.

Ainda que se encontrem traços da motivação nas jurisdições estatutárias, na eclesiástica da Santa Inquisição e, mais ainda, naquela dos magistrados romanos, o princípio da obrigação de *reddere rationem* das decisões judiciais, e especificamente das sentenças, é francamente moderno. (...) Compreende-se (...), o valor fundamental desse princípio. Ele exprime e ao mesmo tempo garante a natureza cognitiva em vez da natureza potestativa do juízo, vinculando-o, em direito, à estrita legalidade, e, de fato, à prova das hipóteses acusatórias. É por força da motivação que as decisões judiciais resultam apoiadas, e, portanto, legitimadas, por asserções, enquanto tais verificáveis e falsificáveis ainda que de forma aproximada; que a ‘validade’ das sentenças resulta condicionada à ‘verdade’, ainda que relativa, de seus argumentos; que, por fim, o poder jurisdicional não é o ‘poder desumano’ puramente potestativo da *justiça de cádi*, mas é fundado no ‘saber’, ainda que só opinativo e provável, mas exatamente por isso refutável e controlável tanto pelo imputado e sua defesa como pela sociedade. Precisamente, a motivação permite a fundação e o controle das decisões seja de direito, por violação de lei ou defeito de interpretação ou subsunção, seja de fato, por defeito ou insuficiência de provas ou por explicação inadequada do nexo entre convencimento e provas.⁹⁰

Tal racionalidade deve ser aferida em razão das garantias processuais, especialmente no que toca à observância do contraditório participativo, entendido como real possibilidade de influência do indivíduo no ato decisório que expressa uma parcela de poder estatal – especialmente quando tal ato interfere diretamente em sua esfera de liberdade. Nessa linha, “enquanto assegura o controle da legalidade e do nexo entre o convencimento e provas, a motivação carrega também o valor ‘endoprocessual’ de garantia de defesa e o valor ‘extraprocessual’ de garantia de publicidade. E pode ser, então, considerado o principal parâmetro tanto da legitimação interna ou jurídica quanto da externa ou democrática da função judiciária”.⁹¹

Portanto, a motivação serve para o controle da racionalidade das decisões. Esta racionalidade é verificada na correta apreciação dos juízos de fato, e na observância da legalidade. Tal depende da observância dos argumentos das partes levados a juízo através do contraditório participativo, exercendo enorme influência sobre os requisitos que devem estar presentes para que uma decisão possa ser considerada como suficientemente motivada.

1.4.2. Conteúdo da garantia

⁸⁹ Tal concepção vem acompanhada necessariamente de determinado posicionamento acerca da questão probatória. Para que seja possível entender a motivação como decorrente da racionalidade, é preciso que se encare da mesma forma o procedimento probatório. “*La concezione razionale della natura e della funzione della prova si riflette direttamente sulla natura e sulla funzione della motivazione della sentenza, e che la concezione razionale della motivazione della sentenza presuppone a sua volta una concezione razionale del giudizio di fatto e del suo fondamento nelle prove che il giudice ha preso in considerazione*”. TARUFFO, Michele. Considerazioni su Prova e Motivazione.. In Os Poderes do juiz e o Controle das Decisões Judiciais. op. cit. p. 172.

⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. op. cit. pp. 573-574.

⁹¹ Idem. p. 574.

Estabelecidas as razões e fundamentos que impõem a existência da garantia de motivação das decisões judiciais⁹², deve-se analisar o conteúdo de tal garantia, ou seja, analisar o que se deve entender por uma decisão motivada.

Podemos utilizar como ponto de partida as situações que admitem a utilização dos embargos de declaração, quais sejam: obscuridade, ambiguidade, contradição e omissão – art. 535 do CPC; art. 382 do CPP. Obscuridade e ambiguidade podem ser tratadas conjuntamente, já que a segunda pode ser considerada apenas uma espécie da primeira.

Obscuridade e contradição revelam um primeiro aspecto da decisão para que esta possa ser considerada fundamentada: a coerência interna.⁹³ A coerência interna representa a lógica e racionalidade da decisão em si. Por esse primeiro aspecto, verifica-se a racionalidade do *decisium*, a coerência entre as razões de decidir e a decisão em si.⁹⁴

Tão mais importante do que essa racionalidade interna, é a racionalidade externa da decisão, em outras palavras, a correspondência entre a decisão e ao que verificou-se no desenrolar da causa. A racionalidade interna na motivação é importante mas não suficiente.⁹⁵

Além de racional, a motivação deve ser completa (evitando omissões). Assim, DINAMARCO expõe que:

⁹² “*La motivación es objeto de una garantía específica, algunas veces formulada por normas constitucionales, y que su principal función consiste en hacer posible un posterior control sobre las razones presentadas por el juez como fundamento de la decisión. Es también habitualmente aceptada la tesis de que la motivación no puede considerarse como una explicación del procedimiento lógico o psicológico con el que el juez ha llegado a la decisión; es, más bien, la exposición de un razonamiento justificativo mediante el que el juez muestra que la decisión se funda sobre bases racionales idóneas para hacerla aceptable. La motivación es, pues, una justificación racional elaborada ex post respecto de la decisión, cuyo objetivo es, en todo caso, permitir el control sobre la racionalidad de la propia decisión*”. TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos*. Tradução: Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2009, p. 435.

⁹³ Nesse sentido, observa DINAMARCO “o convencimento do juiz precisa ser motivado, porque sem o dever de motivar as decisões de nada valeriam as exigências de racionalidade e atenção ao que consta dos autos. (...) Ele tem o dever de desenvolver, na motivação das decisões, o *iter* de raciocínio que, à luz dos autos, o leva a concluir que tal fato aconteceu ou não, que tal situação existe ou deixa de existir, que os fatos se deram de determinado modo e não de outro, que dado bem, serviço ou dano tem tal valor e não mais nem menos etc.”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 107.

⁹⁴ Afirma TOURINHO FILHO “não basta a motivação. É preciso haja coerência no desenvolvimento da atividade intelectual do Juiz, externada na motivação. Uma motivação contraditória equivale a ausência de fundamentação”. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, vol.4, op. cit. p. 253.

⁹⁵ “É portanto, mediante a motivação que o magistrado pronunciante de ato decisório mostra como apreendeu os fatos e interpretou a lei que sobre eles incide, propiciando, com as indispensáveis clareza, lógica e precisão, a perfeita compreensão da abordagem de todos os pontos questionados e, conseqüente e precipuamente, a conclusão atingida”. TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*, 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 189.

Motivação é o enunciado das razões em que se apoiará a decisão da causa. (...) É sempre indispensável que o juiz faça, na motivação da sentença, (a) a interpretação das normas aplicadas, (b) o exame dos fatos e das provas, (c) a qualificação jurídica do conjunto dos fatos alegados e provados (*fattispecie*) e (d) a declaração das consequências jurídicas dos fatos que o juiz reconhece como ocorridos. Tal é a regra da inteireza da motivação.⁹⁶

Tal regra exige que a “motivação seja completa, sem omitir pontos cuja solução pudesse conduzir o juiz a concluir diferentemente”.⁹⁷ Isto, em conjunto com a observância do contraditório participativo, e a consideração do direito à prova como o direito de se defender provando, impõe uma série de requisitos para que a garantia seja validamente observada.

No mesmo sentido:

A carência da motivação pode revestir-se de diversos aspectos, apresentando-se em três situações diversas: a) quando o juiz omite as razões de seu convencimento; b) quando as tenha indicado incorrendo em evidente erro lógico-jurídico, de modo que as premissas de que extraiu sua decisão possa ser consideradas *sicut non essent* – carência de motivação intrínseca; ou, c) quando, embora no seu contexto a sentença pareça motivada, tenha omitido o exame de um fato decisivo para o juízo que leve a crer que, se o juiz tivesse o examinado, teria alcançado uma decisão diversa – carência de motivação extrínseca.⁹⁸

Uma primeira observação é a de que “decisões genéricas” não atendem a garantia da motivação sendo, portanto, eivadas de nulidade. Entenda-se por decisões genéricas aquelas que não possuem especificidade dando azo a serem “utilizadas” em um sem número de causas.

O fenômeno é assustadoramente comum, especialmente no campo das decisões interlocutórias. É recorrente que encontre-se decisões do tipo “presentes os requisitos do art. 273 do CPC concedo a antecipação da tutela” e nada mais. Tal decisão nada diz. Os juízes e Tribunais conferem validade a essa espécie de decisão especialmente com base na disposição do art. 165 do CPC, na parte em que afirma “as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso”.⁹⁹

Não pode ser confundido concisão com inexistência. A sentença – ou qualquer decisão – não deve ser considerada um espaço em que o juiz tenha que demonstrar a sua erudição, mas

⁹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit. pp. 661-662.

⁹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, vol. I, 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 243.

⁹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. op. cit. p. 119.

⁹⁹ Oportunamente se esquece o § 1º do art. 273, além da necessária leitura de tal dispositivo à luz da Constituição.

este é obrigado a demonstrar as razões do seu convencimento. Decisões como a citada não trazem nenhum conteúdo em relação a tais razões, só demonstram que o juiz está convencido.

Cabe ao juiz demonstrar porque entende presentes – no citado exemplo – os requisitos ensejadores da antecipação da tutela, e não somente enunciar tal presença, de forma absolutamente pessoal e arbitrária. Destarte, a mera repetição ou reverência a determinado dispositivo legal não pode ser considerada motivação suficiente. Cabe ao julgador expor o porque de considerar tais fatos subsumidos em relação a norma citada.

Passa-se a outro exemplo, também comum. O art. 312 do Código de Processo Penal determina que “a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova de existência do crime e indício suficiente de autoria”. Assim, ao decretar a prisão com base na necessidade de observância da ordem pública¹⁰⁰ deve o julgador demonstrar que: há prova da existência do crime; existem suficientes indícios de autoria; tal decreto de prisão é necessário para assegurar a ordem pública.

Cada elemento destes deve estar suficientemente demonstrado, para que motivada esteja a decisão e que assim, subsista esta como válida. Não há lugar no nosso ordenamento para decisões do tipo “havendo provas da existência do crime, e indícios suficientes de autoria, decreto a prisão preventiva para a preservação da ordem pública”.¹⁰¹

Outro ponto de extrema relevância é a apreciação da questão fática na fundamentação. A correta apreciação dos fatos é condição *sine qua non* para a justiça da decisão.¹⁰² Só haverá incidência dos dispositivos que regulam a reparação por responsabilidade civil no ordenamento brasileiro caso um fato apto a gerar tal reparação tenha sido objetivamente verificado.

¹⁰⁰ De duvidosa constitucionalidade.

¹⁰¹ Isto não quer dizer que eventualmente não possamos ter decisões absolutamente iguais em casos diferentes. Isso é possível, desde que a base fática seja facilmente apurável – contribuinte de determinado imposto; consumidor de energia elétrica, p. ex. – e que os argumentos de direito levados em juízo pelas partes, nas diferentes demandas, sejam iguais, como nos típicos casos de contencioso de massa.

¹⁰² “A exata reconstituição dos fatos é um pressuposto fundamental de decisões justas, e da própria eficácia da tutela jurisdicional dos direitos, já que legitimadora do poder político de que estão investidos os julgadores”. GRECO, Leonardo. O Conceito de Prova. op. cit. p. 424.

Mesmo nos casos em que a premissa fática seja verificada com mais facilidade ela não é de menor importância. Imagine-se uma situação em que determinado contribuinte apresenta a pretensão de se desonerar de determinada incidência tributária, alegando a sua inconstitucionalidade. Eventualmente a única questão de fato presente é o status de contribuinte (real ou potencial) do demandante, já que caso inexistente careceria a este o interesse de agir. Fora isto, se trataria de questões de direito.

No mais das vezes, tal limite – entre questões de fato e de direito – não é de observância tão simplória, além da dificuldade em estabelecer a correta reconstrução dos fatos apresentados em juízo. Da premissa exposta anteriormente – a correta apreciação dos fatos é fundamental para a justiça da decisão – e da concepção da motivação como instrumento de controle da racionalidade do pronunciamento decisório, verifica-se o grau de atenção que deve dar a garantia às matérias fáticas submetidas à apreciação.

Por isso, corriqueiras fórmulas como “o arcabouço probatório demonstra” são absolutamente inaceitáveis. Cada fato controverso relevante deve ser analisado na sua individualidade, e dele deve se extrair a consequência necessária. Avaliações genéricas do conjunto das provas produzidas são absolutamente incontroláveis, visto que configuram-se mais como impressões do que como conhecimento sendo, portanto, arbitrárias.

Observa TARUFFO que:

Motivar los hechos significa explicitar, con la forma de una argumentación justificativa, el razonamiento que permite atribuir una eficacia determinada a cada medio de prueba y que, sobre esta base, fundamenta la elección a favor de la hipótesis sobre el hecho de que, con las pruebas disponibles, tiene un grado de confirmación lógica más elevado. Esto supone que la motivación debe dar cuenta de los datos empíricos asumidos como elementos de prueba, de las inferencias que partiendo de ellos se han formulado y de los criterios utilizados para extraer sus conclusiones probatorias; del mismo modo, la motivación debe dar cuenta también de los criterios con los que se justifica la valoración conjunta de los distintos elementos de prueba, así como de las razones que fundamentan la elección final para que la hipótesis sobre el hecho esté justificada.¹⁰³

Tal fica mais evidente quando nos deparamos com a realidade das chamadas “provas indiciárias”. O indício é a forma como se parte de um fato conhecido para inferir um fato desconhecido. Em avaliações conjuntas dos elementos probatórios, essa necessidade racional de

¹⁰³ TARUFFO, Michele. La Prueba de los Hechos. op. cit. p. 436.

apuração se perde, podendo gerar uma superposição absurda em que um mero indício é base para outro, levando à condenação.

Assim, para que considere-se uma decisão devidamente fundamentada, é necessário que os fatos controversos relevantes sejam apurados e explicitados na sua inteireza, e que extraia-se a conclusão e a correspondência de cada fato em si, a fim de verificar a ocorrência ou não dos elementos ensejadores da pretensão perseguida.

Deve-se analisar a necessária interação entre o contraditório – compreendido como direito de influência – e a fundamentação das decisões judiciais:

Esse é o grande salto do nosso tempo: de princípio a garantia fundamental. Para isso, o contraditório não pode mais apenas reger as relações entre as partes e o equilíbrio que a elas deve ser assegurado no processo, mas se transforma numa ponte de comunicação de dupla via entre as partes e o juiz. Isto é, o juiz passa a integrar o contraditório, porque, como meio assecuratório do princípio político da participação democrática, o contraditório deve assegurar às partes todas as possibilidades de influenciar eficazmente as decisões judiciais. Ora, de nenhuma valia para a concretização desse objetivo terá toda a atividade dialética das partes se o juiz não revelar de que modo as alegações e provas que lhe são trazidas pelos litigantes estão sendo avaliadas pelo seu entendimento.¹⁰⁴

Verifica-se que na motivação da decisão deve ser demonstrado que foram consideradas as alegações de fato e de direito expostas pelas partes.¹⁰⁵ Isso exige um necessário compromisso do juiz com a sua incumbência e com o Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, também é desprovida de validade a tradicional fórmula que afirma que “o juiz não é obrigado a analisar todos os argumentos trazidos pelas partes se os que foram analisados são suficientes para embasar sua decisão”. Esta diretriz só se valida única e exclusivamente na perspectiva da racionalidade interna da decisão, tendo o juízo possivelmente sido coerente ao tratar de tais argumentos.

Porém, como visto, isso não basta. A completude da motivação exige que o juiz não omita pontos. Quando o juiz apenas enuncia nas suas razões de decidir aqueles pontos que foram

¹⁰⁴ GRECO, Leonardo. O Princípio do Contraditório. op. cit. p. 544.

¹⁰⁵ “A fundamentação ou motivação é imprescindível para garantir a adequada consideração das alegações e das provas produzidas. O juiz deve demonstrar, na fundamentação, a origem e as razões da sua convicção quanto aos fatos, bem como evidenciar os seus raciocínios em relação às provas e aos fundamentos jurídicos, assim como esses raciocínios se interpenetraram quando do raciocínio decisório. A fundamentação ou a motivação, portanto, igualmente garante a justiça da decisão”. MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 457.

responsáveis pela formação da sua convicção os destinatários da fundamentação da decisão – partes e sociedade – não tem como sequer saber se os demais argumentos apresentados foram considerados no raciocínio decisório do juízo.

Assim, **a motivação para ser completa deve abordar todos os argumentos levantados pelas partes.**¹⁰⁶ **Aqueles que foram excluídos devem ser explicitados e refutados.**

A visão tradicional e corriqueira da motivação a transforma quase em uma teoria de verificação do discurso.¹⁰⁷ Por este viés uma motivação coerente e racionalmente consistente bastaria. Mas tal não é possível, ao menos no Estado Democrático de Direito, em que o exercício da jurisdição é marcado pela observância do contraditório participativo:

O contraditório participativo exalta a importância da (...) fundamentação, porque, mais do que um mero discurso justificador *a posteriori*, é através dela que as partes e a sociedade podem aferir se o juiz efetivamente se deixou influenciar pelas alegações e provas oferecidos pelas partes, se ele não apenas *ouviu*, mas realmente *escutou*.¹⁰⁸

A motivação deixa de ser considerada uma mera garantia formal, obtendo conteúdo substancial. Não é mais mero instrumento técnico.¹⁰⁹ É através dela que verifica-se a correta observância do contraditório e do exercício do direito de defesa, além da correta apreciação dos elementos probatórios:¹¹⁰

¹⁰⁶ “Todas as provas e alegações das partes, garantidas, como são, pelo princípio do contraditório, devem ser objeto de acurada análise e avaliação, sob pena de infringência ao referido princípio. (...) Em última análise, trata-se de garantir às partes o direito de serem examinadas pelo órgão julgador as questões, de fato e de direito, que houverem suscitado, reclamando do juiz a consideração atenta dos argumentos e provas trazidos”. GRINOVER, Ada Pellegrini. op. cit. pp. 118-119.

¹⁰⁷ “A motivação não pode ser um discurso aberto, nem se resume na indicação de motivos que possam explicar a decisão, mas consiste na explicitação de razões que justifiquem a solução encontrada num contexto intersubjetivo. Daí a necessidade de que o exercício da liberdade de convicção pelo juiz venha acompanhado de uma argumentação capaz de reproduzir o raciocínio decisório, de modo a possibilitar o seu efetivo controle pelas partes, pelos órgãos superiores e pelo público em geral”. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Princípios gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal. *In* Revista de Informação Legislativa 183. Brasília: julho; setembro 2009, ano 46. p. 43.

¹⁰⁸ GRECO, Leonardo. O Princípio do Contraditório. op. cit. p. 555. Grifos do autor.

¹⁰⁹ “A necessidade de motivação é imperioso no sistema de livre convencimento. Abandonados os sistemas de prova legal e da íntima convicção do juiz, tem o magistrado liberdade na seleção e valoração dos elementos de prova para proferir a decisão, mas deve, obrigatoriamente, justificar o seu pronunciamento. A motivação surge como instrumento por meio do qual as partes e o meio social tomam conhecimento da atividade jurisdicional; as partes para, se for o caso, impugnarem os fundamentos da sentença, buscando seja reformada; a sociedade, a fim de que possa formar opinião positiva ou negativa a respeito da qualidade dos serviços prestados pela Justiça. Com efeito, à concepção da motivação como instrumento técnico sobrevém, na evolução histórica, outra que a vê como garantia fundamental da administração da justiça em um Estado de direito”. GRINOVER, Ada Pellegrini. op. cit. p. 198.

¹¹⁰ “Para o controle da eficácia do contraditório e do direito de defesa, bem como de que existe prova suficiente para sepultar a presunção de inocência, é fundamental que as decisões judiciais (sentenças e decisões interlocutórias) estejam suficientemente motivadas. Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder, premissa de um processo penal democrático”. LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional, vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 321.

Não se pode falar em contraditório e ampla defesa, e, portanto, em justiça efetiva, sem que os argumentos expendidos pelas partes sejam ponderados na sentença de forma expressa. As razões do ato decisório não pertencem à autoridade judiciária que o pratica, mas em primeiro plano, às partes que têm o direito à prestação jurisdicional constitucionalmente assegurado, e, sequencialmente, à toda sociedade que dá suporte ao sistema através do respeito às decisões judiciais. (...)

A fundamentação é requisito que informa a constitucionalidade do ato decisório, através de sua transparência, e do respeito aos ditames de lealdade e ética que são próprios ao exercício da jurisdição, culminando na satisfação da garantia do contraditório e ampla defesa, e observando-se desta forma o devido processo, que corresponde à plena satisfação da prestação jurisdicional, cumprindo o Estado seu dever de fiador dos preceitos constitucionais, que asseguram a estabilidade das relações sociais, a segurança jurídica e incolumidade do cidadão contra agressões do próprio Estado.¹¹¹

Em que pese as considerações tecidas sobre a imprescindibilidade da garantia, esta vem sendo constantemente vilipendiada pela prática cotidiana da jurisprudência:

O estilo sintético de redação das decisões, utilizado no Direito francês e cada vez mais frequente entre nós como consequência do excessivo volume de causas, tem fragilizado o respeito efetivo a essa garantia, através de decisões calcadas em frases feitas de caráter absolutamente vazio, tais como a “falta de amparo legal” ou a “ausência de omissão, obscuridade ou contradição”, sem o exame concreto das alegações das partes.¹¹²

Ao tratar da garantia na experiência italiana, observa TARUFFO que:

*La praxis de la motivación sobre los hechos esté muy lejos del modelo ideal que está en la base de las consideraciones realizadas. Resulta fácil constatar, en realidad, que a menudo las motivaciones no contienen justificaciones adecuadas de la decisión sobre los hechos y no dan cuenta de los criterios que fundamentan la valoración de las pruebas: la motivación se reduce a menudo a afirmaciones genéricas, de las que no es posible extraer nada significativo acerca del razonamiento del juez.*¹¹³

Tal realidade não significa que as considerações feitas aqui, e pelos diversos autores citados, estejam equivocadas, mas cumpre o papel de demonstrar que a fiel observância das garantias processuais previstas na Constituição está longe de ser alcançada.

O discurso legitimador da assertiva anterior baseia-se no excesso de processos, e na busca por uma pretensa efetividade da jurisdição. Ocorre que, no processo está em jogo, inúmeras vezes, a vida das pessoas¹¹⁴, o que é evidente ao tratar-se do processo penal.

¹¹¹ FERNANDES, José Henrique Lara. op. cit. pp. 63-66.

¹¹² GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo. op. cit. p. 255

¹¹³ TARUFFO, Michele. La Prueba de los Hechos. op. cit. p. 436.

¹¹⁴ Obviamente não estamos falando de vida como se o processo fosse capaz de aniquilar a existência física de um indivíduo, e sim observando que as pretensões deduzidas em juízo podem ter consequências extremamente significantes para a realidade daqueles envolvidos.

A reiteração de uma prática equivocada não tem o condão de trazer correção à esta, mas sim de demonstrar que deverá ser combatida de forma mais efetiva. Sempre que um juízo emite um pronunciamento decisório, em um processo litigioso, este juízo está exercendo poder. Este poder afeta diretamente um ou mais indivíduos, lhes sendo defeso o exercício de direitos e garantias, especialmente de ordem constitucional.

Considerações de ordem pragmática por mais relevantes que sejam não tem o condão de afastar aquelas prerrogativas. Quando se interfere na esfera jurídica de alguém isto deve ser feito de forma legal e racionalmente justificada, caso contrário o que estará sendo realizado é o mais puro arbítrio.

Assim, práticas equivocadas no cotidiano forense não conseguem atribuir validades a tais equívocos, ao menos isso não é aceitável numa perspectiva do processo como instrumento de justiça. Portanto, em que pese as dificuldades obviamente existentes, o horizonte a ser perseguido – e exigido – é da existência de uma garantia de motivação que seja coerente; racionalmente consistente tanto do ponto de vista interno como externo; e que demonstre o respeito ao contraditório participativo e busque a correta valoração do material probatório.¹¹⁵

¹¹⁵ “La existencia de una praxis en muchos sentidos frustrante no demuestra en absoluto la imposibilidad de controles adecuados, racionales y procedimentales, sobre la utilización de las pruebas en el ámbito de la discrecionalidad del juez. Esa praxis, en realidad, se demuestra únicamente a sí misma, es decir sólo demuestra el hecho de que los jueces y los abogados tienden a utilizar instrumentos conceptuales muy toscos y que no se corresponden con la naturaleza y la delicadeza del problema de la prueba”. TARUFFO, Michele. La Prueba de los Hechos. op. cit. p. 438.

2 O Direito à Prova

2.1 A centralidade dos juízos de fato

Toda pretensão tem como base uma questão de fato.¹¹⁶ “É com fundamento num fato e dele extraindo consequências jurídicas que o autor formula o pedido sobre o qual o juiz irá decidir na sentença”.¹¹⁷ No mesmo sentido BARBOSA MOREIRA, ao afirmar que “o julgamento da maior parte dos litígios, ninguém o ignora, implica necessariamente a solução de questões de fato: as partes apresentam, em regra, versões não coincidentes dos acontecimentos que deram origem ao pleito, e órgão judicial, para aplicar as normas de modo correto, precisa averiguar como foi que realmente se passaram as coisas”.¹¹⁸

Tendo qualquer pretensão uma questão fática como base, e sendo o processo um procedimento em contraditório dirigido à prolação de uma decisão final sobre a mesma, é evidente que a correta percepção desta questão é fundamental. O processo é o meio através do qual se busca “dar a cada um o que é seu”, realizando assim a pacificação social.

Só que não é qualquer pacificação social que se busca, afinal a imposição de um contendor a outro pela força também é uma forma de pacificar o oponente, através da submissão.¹¹⁹ Dessa forma, o processo é um instrumento voltado à obtenção da pacificação social, mas com justiça.

¹¹⁶ Exceção que poderia ser apontada é a aferição em abstrato da constitucionalidade das normas. Mesmo nestas, eventualmente, pode haver uma questão de fato a embasar a pretensão, como no caso de alegação de vício de iniciativa da lei, por exemplo. Relevante também citar a previsão do §1º do art. 9º da Lei 9868 de 10 de novembro de 1999, que ao tratar do processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade prevê que: “**Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato** ou de notórias insuficiências das informações existentes nos autos, **poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão**, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”. Grifamos.

¹¹⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 2º volume. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 325.

¹¹⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Alguns Problemas Atuais da Prova Civil. In Temas de Direito Processual, Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 145.

¹¹⁹ “O que faz do processo uma operação distinta da justiça com as próprias mãos ou de outros métodos bárbaros de justiça sumária é o fato que ele persegue, em coerência com a dúlice função preventiva do direito penal, duas diferentes finalidades: a punição dos culpados juntamente com a tutela dos inocentes. É essa segunda preocupação que está na base de todas as garantias

A busca pela justiça, a perspectiva desta que confere a legitimidade intrínseca e extrínseca a atuação do Poder Judiciário é o que diferencia a eventual imposição da decisão obtida através do processo do que a decorrente de outra manifestação de força ou de poder.

Para que uma decisão possa ser considerada justa duas condições são absolutamente necessárias. A primeira é a correta aplicação do direito, a vinculação da decisão à legalidade, entendida aqui como o respeito a lei e à Constituição. A segunda condição, que na realidade é conformadora e antecedente da primeira é a correta interpretação dos fatos que dão base a esta aplicação do direito. Nessa linha, é afirmado que “a fiel reconstrução dos fatos relevantes é, normalmente, pressuposto essencial de uma decisão justa. A justiça, por sua vez, constitui o maior dos valores a que deve servir o processo – melhor dizendo: a que deve servir o direito”.¹²⁰

Como visto, as partes apresentam versões não coincidentes dos fatos em que se baseiam. A correta aplicação do direito necessita que tal ocorrido seja desvelado. A decisão justa pressupõe a antecedente apuração dos fatos, e a consequente correta aplicação da norma jurídica referentes a esta realidade fenomênica.

Sem uma correta apuração dos “fatos tais como este ocorreram”, o processo se transforma em um jogo de dados, imprevisível e irracional, transformando o pronunciamento decisório em mero acaso, motivado por impressões ou pré-conceitos, totalmente desvinculado de qualquer perspectiva de justiça. Corroborando este entendimento:

*La giustizia della decisione non ne pressupone soltanto la legalità, ossia la derivazione de una corretta interpretazione ed applicazione delle norme, ma anche la veridicità, ossia l'accertamento della verità dei fatti rilevanti: la ragione fondamentale di ciò e che nessuna decisione può considerarsi giusta se si fonda su un accertamento falso o errato dei fatti della causa. (...) la verità di cui si parla ne processo va concepita (pur senza cadere in forme di realismo ingenuo) come approssimazione della ricostruizione processuale dei fatti alla loro realtà empirica e storica.*¹²¹

Estabelecida tal vinculação entre a realidade dos fatos e a possível justiça da decisão se mostra evidente que todas as garantias do direito processual – como a necessidade de ser

processuais que circundam o processo e que condicionam de vários modos as instâncias repressivas expressas pela primeira”. FERRAJOLI, Luigi. op. cit. p. 556.

¹²⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. op. cit. pp. 159-160.

¹²¹ TARUFFO, Michele. Considerazioni su Prova e Motivazione. op. cit. p. 168.

informado, o direito de influir no convencimento, o acesso às instâncias recursais – perdem todo o sentido ao se estabelecer que essa reconstrução dos fatos é impossível (ou inoportuna).

O direito probatório, por este aspecto, assume um papel central dentro do direito processual, já que é o instrumento configurado por este para que se possibilite obter justiça nas situações em que seja necessária a apuração de questões de fato.¹²²

La idea básica es que un litigio surge de ciertos hechos y se basa en ellos, que tales hechos son disputados por las partes, que esa disputa tiene que ser resuelta por el tribunal y que la solución de la ‘controversia sobre los hechos’ se alcanza cuando el tribunal establece la verdad sobre los hechos motivo de la disputa. (...)

La verdad de los hechos en litigio no es un objetivo en sí mismo ni el propósito final de un proceso civil. Es más bien una condición necesaria (o un objetivo instrumental) de toda decisión justa y legítima y, en consecuencia, de cualquier resolución apropiada y correcta de la controversia entre las partes.¹²³

No processo penal tal centralidade é evidente. A aplicação da pena só pode se dar em virtude do processo – *nulla poena sine iudicio*. E esta imposição só pode resultar da imputação de um ilícito culpável à alguém, e obviamente da prova da prática ou da concorrência desse ilícito culpável pelo indivíduo.

¹²² “El proceso civil puede y, por tanto, debe estar orientado hacia la búsqueda de decisiones que – para ser justas – deben fundarse sobre una determinación verdadera de los hechos controvertidos”. TARUFFO, Michele. La Prueba Científica en el Proceso Civil. In Estudios Sobre la Prueba. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, pp. 135-136.

¹²³ TARUFFO, Michele. La Prueba. Tradução: Laura Manríquez; Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, 2008, pp. 15-23.

2.2. Verdade e processo

Uma primeira questão a ser levantada neste tópico é sobre o ramo de conhecimento humano a que pertence a questão probatória. Especificamente se há diferença de fundo entre a prova judiciária e os fenômenos probatórios em outros ramos do conhecimento.

Sustenta-se aqui a inexistência de diferença de fundo, ontológica, entre o fenômeno probatório ocorrido no seio do processo e o que ocorre fora deste. Assim, “a prova não é um instituto exclusivo do mundo do Direito, mas instrumento de reconstrução racional dos fatos utilizado pelo saber humano em todas as suas formas”.¹²⁴

A prova é, portanto, um elemento comum ao conhecimento humano.¹²⁵ As diferenças entre procedimentos de verificação dos fatos ocorridos são contingentes, extremamente relacionadas ao fim que tal conhecimento persegue, e não substanciais. Nesse sentido observa BELTRÁN que “*no hay una diferencia conceptual entre la prueba civil, penal, administrativa, laboral, etc. (...) no hay tampoco una diferencia conceptual entre la prueba jurídica y aquella que es propia de cualquier otro ámbito de la experiencia*”.¹²⁶

Na mesma linha segue ECHANDÍA, ao observar que “*la noción de prueba está presente en todas las manifestaciones de la vida humana. De ahí que exista una noción ordinaria o vulgar de la prueba, al lado de una noción técnica, y que ésta varíe según la clase de actividad o de ciencia a que se aplique*”.¹²⁷

¹²⁴ GRECO, Leonardo. O Conceito de Prova. op. cit. p. 469.

¹²⁵ Neste sentido “*generally speaking, the process for determining factual issues in litigation is the same as that used by people in their ordinary affairs*”. HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. American Civil Procedure: an introduction. Yale University: 1993, p. 79.

¹²⁶ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y Verdad en el Derecho*, 2ª edição. Madri: Marcial Pons, 2005, p.17.

¹²⁷ ECHANDÍA, Hernando Devis. Compendio de La Prueba Judicial, Tomo I. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 13.

Decerto se não há uma diferença conceitual entre o fenômeno probatório processual e aquele que se verifica em outros ramos do conhecimento humano, descabido seria apontar diferenças conceituais entre o fenômeno decorrente da divisão funcional do direito em ramos de conhecimento.

O que pode ocorrer é uma diferença de grau. Assim, por exemplo, o processo penal rege-se por uma série de princípios entre os quais, releva afirmar aqui, o princípio da presunção de inocência e o *in dubio pro reo*. Isto significa que uma determinada questão de fato que pudesse ser considerada enquanto provada em determinados ramos do conhecimento jurídico – em virtude de presunções, inversões do ônus da prova ou de não impugnação específica pela parte contrária – talvez não seja considerada provada no âmbito do processo penal, por não ser forte o suficiente a ponto de afastar a presunção de inocência constitucionalmente assegurada ou em virtude da aplicação do *in dubio pro reo*. Tal não representa uma diferença ontológica.

Poder-se-ia argumentar, que a existência de regras processuais – como as que regulam as limitações probatórias – impediriam que ocorresse plenamente a reconstrução dos fatos, obstando a busca da verdade, ou justificando que a “verdade judicial” represente uma categoria à parte de “verdade”. Porém, em que pese o prestígio que ainda possuem as teorias argumentativas acerca da prova, o conceito que a prestigia enquanto instrumento de conhecimento – portanto a serviço de um processo racional e democrático – necessariamente valoriza o seu aspecto empírico.

Observa-se que a existência de limitações probatórias ou das demais espécies de regras processuais podem eventualmente conferir melhor ou pior condição para que determinado sistema processual seja apto a busca da verdade. A existência de tais limitações não pode ser considerada, em si mesma, um obstáculo intransponível àquele objetivo.¹²⁸ Além disso, deve ser verificado que a própria existência de tais limitações probatórias só é válida se amparada por razões justificativas suficientes, tais quais: o resguardo de outros direitos e garantias fundamentais como a intimidade e a privacidade, ou o direito de não produzir prova contra si

¹²⁸ Nesse sentido, observa TARUFFO que “*un sistema procesal puede o no ser eficiente en la búsqueda de la verdad sobre los hechos litigiosos, pero la existencia de reglas procesales no es – en sí misma – un obstáculo para la búsqueda de la verdad, y tampoco es una buena razón para afirmar que la verdad judicial es un tipo especial o formal de verdad*”. TARUFFO, Michele. La Prueba. op. cit. p. 24.

mesmo; tem o condão de impedir que ingressem no processo provas de reduzido grau de credibilidade; são imprescindíveis para a marcha do processo.¹²⁹

São diversas as teorias – e diversas as matizes existentes entre estas – que negam a possibilidade de obtenção da verdade no processo. Buscar-se-á delinear e analisar alguns de seus aspectos.

2.2.1. A (im)possibilidade teórica e ideológica

O primeiro conjunto de teorias que negam a possibilidade de alcance da verdade no processo judicial podem ser agrupadas sobre o signo daquelas que negam a possibilidade de descoberta de qualquer espécie de verdade, em qualquer ramo de conhecimento.¹³⁰

A contingência do conhecimento humano, que é necessariamente temporal e restrito, impediria que fosse apreendida a realidade – qualquer realidade – e que se conseguisse extrair desta algum dado que possa ser considerado verdadeiro. Tal verdade absoluta seria completamente inalcançável.

TARUFFO faz um apanhado destas teorias, enumerando entre elas o desconstrutivismo niilista, as teorias do conhecimento inspiradas no idealismo extremo e na introspecção psicológica, agrupando-as sobre o signo das teorias irracionistas¹³¹, ou de variações de

¹²⁹ Sobre o tema vide GRECO, Leonardo. Limitações Probatórias no Processo Civil. In Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, volume IV. Disponível em www.redp.com.br.

¹³⁰ “*Diversas asunciones filosóficas, por ello, rechazan tanto la idea de que es posible alcanzar la verdad en el contexto judicial como la propia noción general de verdad. Por ejemplo, puede suceder que si seguimos las tendencias irracionistas que a veces surgen en la cultura filosófica europea y, por lo tanto, también en la correspondiente cultura jurídica, ni siquiera podamos plantear en términos racionales el problema de la verdad, ni dentro ni fuera del ámbito del contexto judicial. La misma cuensecuencia se puede extraer si partimos del ‘deconstruccionismo nihilista’ (...). Lo mismo sucede también si adoptamos algunas de las distintas teorías del conocimiento, del ‘yo’ o del sujeto cognoscente, que se inspiran en el intuicionismo, el solipsismo, el idealismo extremo, o en la introspección psicológica considerada como el único medio para interpretar la realidad. Estos enfoques rechazan a priori cualquier posibilidad de hablar racionalmente de la verdad en general y, por lo tanto, también cualquier posibilidad de pensar en la verdad en los contextos judiciales*”. TARUFFO, Michele. La Prueba. op. cit. pp. 25-26.

¹³¹ Idem. pp. 20 e ss.

idealismo¹³². Tais teorias teriam como base um ceticismo filosófico radical que negaria a própria cognoscibilidade da realidade.¹³³

Outra linha arguiria a inviabilidade ideológica da busca da verdade, na realidade negaria tal busca como objetivo do processo:

*Una segunda respuesta negativa acerca de la posibilidad de una determinación verdadera de los hechos no parte de razones filosóficas sino de razones que, en sentido lato, pueden definirse como ideológicas. (...) La ideología que se opone a la idea de la búsqueda de la verdad es aquella que concibe el proceso civil esencialmente como un instrumento para resolver conflictos, en particular los que asumen la forma de controversia jurídica entre las partes.*¹³⁴

Primeiramente deve ser observado que a fascinante discussão acerca da possibilidade da existência de uma verdade absoluta se dá em um plano sobremaneira teórico, que pouca influência tem sobre os aspectos do processo. É impossível que se sustente a obtenção de uma verdade absoluta em algum campo do conhecimento humano, o que não desvirtua a verdade que é alcançada por este.¹³⁵

Assim, no que toca a possibilidade teórica de busca da verdade, tal é possível desde que não vincule-se às teorias ligadas ao irracionalismo ou às diversas espécies de idealismo extremo, e sim que oriente-se por algumas das outras diversas teorias que possam ser agrupadas sobre a

¹³² “Esta conclusión no se deriva únicamente de opciones filosóficas de carácter directa y claramente irracionalista. Al contrario, es también defendida en el ámbito de opciones filosóficas y epistemológicas distintas y, en particular, en el ámbito de las más recientes y sofisticadas versiones del idealismo. La afirmación de la imposibilidad de un conocimiento de los hechos reales deriva, en general, de la asunción de una u otra teoría idealista o antirrealista”. TARUFFO, Michele. La Prueba de los Hechos. op. cit. p. 31.

¹³³ “Una forma de negar que en el proceso pueda tener lugar una determinación verdadera de los hechos consiste en negar que en línea de principio sea posible establecer la verdad de cualquier cosa. (...) la imposibilidad de la verdad en el proceso se configura como un caso específico de una posición teórica más general fundada en un escepticismo filosófico radical que excluye la cognoscibilidad de la realidad”. Idem. p. 28

¹³⁴ Ibidem. p. 37.

¹³⁵ “La idea de una verdad absoluta puede ser una hipótesis abstracta en un contexto filosófico amplio, pero no se puede sostener racionalmente amplio, pero no se puede sostener racionalmente que una verdad absoluta pueda o deba ser establecida en ningún dominio del conocimiento humano, y ni qué decir tiene del contexto judicial. (...) En el mejor dos casos, la idea general de verdad se puede concebir como una especie de ‘ideal regulativo’, esto es, como un punto de referencia teórico que se debe seguir a fin de orientar la empresa del conocimiento en la experiencia real del mundo”. TARUFFO, Michele. La Prueba. op. cit. p. 26.

rúbrica do realismo.¹³⁶ Uma necessária premissa para tal possibilidade é a afirmação de que o mundo externo existe como realidade empírica.¹³⁷

A possibilidade de apreender a realidade apresenta-se para quem a compreenda como objeto dotado de cognoscibilidade. Por tal perspectiva, *a priori*, a cognoscibilidade realizada no processo judicial pode ser tão apurada e válida – e ao mesmo tempo tão contingente – quanto a realizada em outros ramos do conhecimento:

A ‘verdade’ de uma teoria científica e, geralmente, de qualquer argumentação ou proposição empírica é sempre, em suma, uma verdade não definitiva, mas contingente, não absoluta, mas relativa ao estado dos conhecimentos e experiências levado a cabo na ordem das coisas de que se fala, de modo que, sempre, quando se afirma a ‘verdade’ de uma ou de várias proposições, a única coisa que se diz é que estas são (plausivelmente) verdadeiras pelo que sabemos sobre elas, ou seja, em relação ao conjunto dos conhecimentos confirmados que delas possuímos. Para expressar esta relatividade da verdade, alcançada em cada ocasião, pode-se muito bem usar a noção sugerida por Popper de ‘aproximação’ ou ‘acercamento’ da verdade objetiva, entendida esta como um ‘modelo’ ou uma ideia ‘reguladora’ que ‘somos incapazes de igualar’, mas da qual podemos nos aproximar, sob a condição, não obstante, de que não se associem a tal noção conotações desorientadoras de tipo ontológico ou espacial, mas apenas o papel de um princípio regulador que nos permita asseverar que uma tese ou uma teoria é mais plausível ou mais aproximadamente verdadeira e, portanto, preferível a outras por causa de seu maior ‘poder de explicação’ e dos controles mais numerosos a que foi submetida com sucesso.¹³⁸

Destarte, é possível estabelecer, para os fins do processo judicial, um conceito de verdade como correspondência, a correspondência entre os fatos alegados e os fatos como realmente ocorreram. Tal é suficiente para que se escape das implicações metafísicas da verdade absoluta, e ao mesmo tempo atribua-se caráter cognoscitivo à atuação da jurisdição, evitando que a decisão seja produto de impressões de qualquer tipo:

Se uma justiça penal integralmente ‘com verdade’ constitui uma utopia, uma justiça penal completamente ‘sem verdade’ equivale a um sistema de arbitrariedade. (...) Uma vez estabelecido que o termo ‘verdadeiro’ pode ser empregado sem implicações metafísicas no sentido de ‘correspondência’, é na realidade possível falar na investigação judicial como a busca da verdade em torno dos fatos e das normas mencionadas no processo, e usar os termos ‘verdadeiro’ e ‘falso’ para designar a conformidade ou a desconformidade das proposições jurisdicionais a respeito deles.¹³⁹

¹³⁶ “Existen orientaciones idóneas para ofrecer, aunque sea en términos filosóficos y epistemológicos muy distintos, el fundamento teórico de la posibilidad de construir nociones de ‘verdad judicial’ como carácter de las aserciones acerca de los hechos de la causa y como criterio para elegir entre aserciones verdaderas y aserciones falsas”. TARUFFO, Michele. La Prueba de los Hechos. op. cit. p. 62.

¹³⁷ TARUFFO, Michele. La Prueba. op. cit. p. 230.

¹³⁸ FERRAJOLI, Luigi. op. cit. p. 53.

¹³⁹ Idem. pp. 48-52.

Essa possibilidade remete a uma segunda premissa, a qual afirma que “um enunciado no qual se diz que um evento do mundo externo ocorreu de tal e qual maneira é verdadeiro se aquele evento ocorreu de tal e qual maneira, e é falso caso contrário”. Como consequência “um enunciado que se refere a um evento do mundo externo se considera verdadeiro caso existam razões de justificação suficiente do que o enunciado disse em relação ao dito evento”.¹⁴⁰

Tal possibilidade teórica de descoberta da verdade só se concretiza se o processo estabelecer critérios racionais de avaliação do material probatório, portanto “a busca da verdade objetiva no processo deve determinar a progressiva aproximação dos seus métodos de investigação científica dos métodos da própria ciência. A ciência revelada no processo deve ser tão confiável quanto a que é investigada nas universidades, nos laboratórios e centros de pesquisa, com a mesma credibilidade e confiabilidade”.¹⁴¹

Estabelecida a possibilidade teórica de descoberta da verdade, devemos analisar a perspectiva ideológica de tal busca:

*La ideología de los objetivos del proceso que aquí se destaca sostiene que éste debe tender a producir decisiones justas, lo que resulta muy obvio y difícilmente contestable. Naturalmente, es posible definir de otros modos la finalidad del proceso, como se hace cuando se dice que aquél pretende decidir tout court las controversias o decidir las satisfactoriamente para las partes; es más, esta posibilidad es la razón principal por la que la finalidad de producir decisiones justas constituye una ideología más bien que una teoría del proceso. (...) Independientemente del criterio jurídico que se emplee para definir y valorar la justicia de la decisión, se puede sostener que ésta nunca es justa si está fundada en una determinación errónea o inaceptable de los hechos. (...) la veracidad y la aceptabilidad del juicio sobre los hechos es condición necesaria para que pueda decirse que la decisión judicial es justa.*¹⁴²

Poder-se-ia definir, grosso modo, a existência de duas diferentes perspectivas: a primeira vislumbra o processo como instrumento de controle e pacificação social; a segunda, sem abrir mão de tal função pacificadora coloca como objetivo do processo a produção de decisões justas.

Pela primeira perspectiva, a busca da verdade não é ideologicamente oportuna, e seus percalços poderiam inclusive diminuir a eficiência do processo como instrumento de pacificação.

¹⁴⁰ TARUFFO, Michele La Prueba. op. cit. pp. 230-231. Tradução livre.

¹⁴¹ GRECO, Leonardo. A Prova no Processo Civil: do Código de 1973 ao Novo Código Civil. Estudos. op. cit. p. 388.

¹⁴² TARUFFO. La Prueba de los Hechos. op. cit. pp. 63-64.

A segunda afirma que tal busca é necessária, e o processo só se legitima caso tenha essa finalidade.

Na atual quadra de necessidade da observância dos direitos e garantias individuais previstos constitucionalmente, não faz sentido a subsistência de uma teoria que advogue como finalidade do processo a mera pacificação dos interesses contrapostos, desvinculados de qualquer ideia substancial de justiça. Portanto é “preciso assentar a necessidade garantística da apuração dos fatos, a necessidade de buscar a verdade dos fatos como pressuposto da tutela jurisdicional efetiva dos direitos (...) a verdade (...) é pressuposto da justiça das decisões judiciais e, como tal, da própria legitimidade política do Judiciário, como guardião da ordem jurídica e dos direitos dos cidadãos, e limite intransponível ao arbítrio”.¹⁴³

Isto faz com que a busca pela justiça da decisão, necessariamente amparada pela correta observância da racionalidade fática seja necessária, e ideologicamente oportuna. A verdade dos fatos, que podemos tratar como princípio, não representa uma teoria do processo ou uma ideologia específica, informando diversas concepções que partem do princípio de que a elaboração de decisões justas é uma finalidade específica do processo.¹⁴⁴

Tal concepção apresenta mais uma premissa, a qual afirma que “o processo justo está sistematicamente orientado para a produção de decisões justas”. Essa premissa, combinada com a já tratada importância central da correta interpretação dos juízos de fato implica na afirmação de que “uma decisão é justa caso se funde em uma determinação verdadeira dos fatos relevantes”.¹⁴⁵

Isto transforma o direito à verdade em uma autêntica garantia do indivíduo.¹⁴⁶

2.2.2. A (im)possibilidade prática

¹⁴³ GRECO, Leonardo. O Conceito de Prova. op. cit. p. 448.

¹⁴⁴ TARUFFO. La Prueba de los Hechos. op. cit. p. 65.

¹⁴⁵ TARUFFO. La Prueba. op. cit. pp. 234-236. Tradução livre.

¹⁴⁶ “O modelo cognitivo de processo penal, (...) confere um fundamento e uma justificação específica à legitimidade do Poder Judiciário e à validade de seus provimentos que não residem nem no valor político do órgão judicante nem no valor intrínseco de justiça de suas decisões, mas sim na verdade, inevitavelmente aproximada ou relativa, dos conhecimentos que a ele é idôneo obter e que concretamente formam a base dos próprios provimentos”. FERRAJOLI, Luigi. op. cit. p. 499.

Referida sucintamente à discussão acerca das possibilidades teóricas e ideológicas da descoberta da verdade, deve-se ater agora sobre as perspectivas práticas de tal possibilidade de descoberta.

As diversas posições que alegam a existência dessa impossibilidade partem de uma constatação na qual o juiz não teria os instrumentos cognoscitivos para tanto, tampouco o tempo ou a liberdade de investigação.¹⁴⁷

É tradicional a analogia do juiz com o historiador, no que toca à reconstrução dos fenômenos. Ambos se referem a fatos passados¹⁴⁸, e suas conclusões são retiradas de depoimentos e documentos. Tais conclusões seriam “mais falíveis” do que as apresentadas em outros ramos da ciência, e por esse aspecto, impossível comparar o trabalho do juiz com o do “cientista”.

Tal representa uma visão simplista e talvez um pouco idealizada do que se entende por conhecimento científico. Os historiadores, cientistas políticos, sociólogos, antropólogos, e todos os demais que trabalham com o conhecimento das chamadas ciências humanas, também aplicam métodos científicos na elaboração de seus trabalhos, alguns com elevado grau de satisfação para que uma conclusão seja tida como aceitável.

O empirismo e a atenta observação da realidade são traços comuns a todos os ramos de conhecimento humano. A circunstância de que em determinados ramos de conhecimento não se possa repetir o experimento em “condições ideais de laboratório” não tem o condão de relegar tal conhecimento como não científico, ou acientífico. Isto porque, também, mesmo a consideração do que seriam condições ideais de reprodução partem de uma avaliação humana, sujeita a falhas e impressões, portanto.

¹⁴⁷ “Dejando absolutamente de lado la cuestión de si la verdad puede o no ser en general alcanzada, así como la cuestión de si debe o no ser perseguida en el proceso civil, (...) se limita a constatar que, en todo caso, la verdad de los hechos no puede ser obtenida en el proceso esencialmente por razones prácticas. Estas razones son de distinta naturaleza, pero todas ellas parecen converger en la exclusión de la posibilidad concreta de una determinación verdadera de los hechos de la causa. Así, por ejemplo, se subraya que el juez no dispone de los instrumentos cognoscitivos ni del tiempo y la libertad de investigación de los que disponen el científico o el historiador”. TARUFFO, Michele. La Prueba de los Hechos. op. cit. p. 45.

¹⁴⁸ Tal não é necessariamente correto. Se pensarmos em uma demanda que pleiteia uma tutela inibitória, por exemplo, o sucesso de tal pedido pode partir da consideração de eventual dano que uma atividade ocorrida no presente possa acarretar no futuro.

A rigor, com exceção das ciências absolutamente teóricas, a validade de qualquer teoria ou constatação é meramente temporal, ou seja, esta é válida até que outra consiga refutá-la, e assim por diante, em uma perspectiva de evolução do conhecimento e dos métodos e técnicas aplicadas. Dessa forma, todo conhecimento é contingente e limitado. Ao mesmo tempo deve este ser considerado verdadeiro se reflete, com a maior precisão possível o emprego dos instrumentos que se consideram essenciais para a dada hipótese.

Assim, “*no se deriva ninguna diferencia de fondo entre la verdad que se forma en el proceso y aquella que se forma fuera del mismo, ya que también esta última es irreduciblemente relativa*”.¹⁴⁹ Tampouco é verdadeira a premissa de que em demais ramos de conhecimento que não o direito, a liberdade de investigação e o tempo, por exemplo, são limitados ou infinitos.

Não é necessário maiores explicações para considerarmos que o tempo e os recursos financeiros envolvidos em determinada pesquisa são necessariamente limitados. Podem ter maior ou menor extensão, mas jamais serão infinitos.

Além disso, há uma série de outras limitações, como as de ordem ética. Somente a título exemplificativo vale a pena citar alguns trechos da Resolução nº 196 de 10 de outubro de 1996, do Conselho Nacional de Saúde, que regulamenta as pesquisas envolvendo seres humanos.¹⁵⁰

Já no seu preâmbulo se afirma a incorporação do que seriam os quatro referenciais básicos da bioética: autonomia, não maleficência, beneficência e justiça. Traz ainda a citada Resolução:

III - ASPECTOS ÉTICOS DA PESQUISA ENVOLVENDO SERES HUMANO

As pesquisas envolvendo seres humanos devem atender às exigências éticas e científicas fundamentais.

III.1 - A eticidade da pesquisa implica em:

- a) consentimento livre e esclarecido dos indivíduos-alvo e a proteção a grupos vulneráveis e aos legalmente incapazes (autonomia). Neste sentido, a pesquisa envolvendo seres humanos deverá sempre tratá-los em sua dignidade, respeitá-los em sua autonomia e defendê-los em sua vulnerabilidade;
- b) ponderação entre riscos e benefícios, tanto atuais como potenciais, individuais ou coletivos (beneficência), comprometendo-se com o máximo de benefícios e o mínimo de danos e riscos;
- c) garantia de que danos previsíveis serão evitados (não maleficência);

¹⁴⁹ Idem. p. 74.

¹⁵⁰ Disponível em <http://conselho.saude.gov.br/>.

d) relevância social da pesquisa com vantagens significativas para os sujeitos da pesquisa e minimização do ônus para os sujeitos vulneráveis, o que garante a igual consideração dos interesses envolvidos, não perdendo o sentido de sua destinação sócio-humanitária (justiça e equidade). (...)

III.3 - A pesquisa em qualquer área do conhecimento, envolvendo seres humanos deverá observar as seguintes exigências:

a) **ser adequada aos princípios científicos que a justifiquem e com possibilidades concretas de responder a incertezas;**

b) estar fundamentada na experimentação prévia realizada em laboratórios, animais ou em outros fatos científicos;

c) ser realizada somente quando o conhecimento que se pretende obter não possa ser obtido por outro meio;

d) prevalecer sempre as probabilidades dos benefícios esperados sobre os riscos previsíveis;

e) **obedecer a metodologia adequada.** Se houver necessidade de distribuição aleatória dos sujeitos da pesquisa em grupos experimentais e de controle, assegurar que, a priori, não seja possível estabelecer as vantagens de um procedimento sobre outro através de revisão de literatura, métodos observacionais ou métodos que não envolvam seres humanos;

f) ter plenamente justificada, quando for o caso, a utilização de placebo, em termos de não maleficência e de necessidade metodológica;

g) contar com o consentimento livre e esclarecido do sujeito da pesquisa e/ou seu representante legal;

h) contar com os recursos humanos e materiais necessários que garantam o bem-estar do sujeito da pesquisa, devendo ainda haver adequação entre a competência do pesquisador e o projeto proposto; (...)

V - RISCOS E BENEFÍCIOS

Considera-se que toda pesquisa envolvendo seres humanos envolve risco. O dano eventual poderá ser imediato ou tardio, comprometendo o indivíduo ou a coletividade.

V.1 - Não obstante os riscos potenciais, as pesquisas envolvendo seres humanos serão admissíveis quando:

a) oferecerem elevada possibilidade de gerar conhecimento para entender, prevenir ou aliviar um problema que afete o bem-estar dos sujeitos da pesquisa e de outros indivíduos;

b) o risco se justifique pela importância do benefício esperado;

c) o benefício seja maior, ou no mínimo igual, a outras alternativas já estabelecidas para a prevenção, o diagnóstico e o tratamento. (...)

V.3 - **O pesquisador responsável é obrigado a suspender a pesquisa imediatamente ao perceber algum risco ou dano à saúde do sujeito participante da pesquisa,** conseqüente à mesma, não previsto no termo de consentimento. Do mesmo modo, tão logo constatada a superioridade de um método em estudo sobre outro, o projeto deverá ser suspenso, oferecendo-se a todos os sujeitos os benefícios do melhor regime. (Grifamos)

Nesse contexto vale ressaltar a Lei 11.794, de 08 de outubro de 2008, a qual regulamenta pesquisas que envolvam animais, impondo medidas como: a criação de um Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal – art. 4º; a obrigação das entidades que pretendem se credenciar como institutos de ensino e pesquisa com animais que constituam Comitês de Ética no Uso de Animais – art. 8º; a vedação ao uso de bloqueadores neuromusculares ou de relaxantes musculares em substituição a substâncias sedativas, analgésicas ou anestésicas – art. 14, § 7º. O que se pretende demonstrar com tais referências é que os limites à busca do conhecimento não são exclusivos do processo judicial.

Um aspecto interessante que se extrai desse debate acerca da possibilidade prática é a necessidade de que, para essa possibilidade realmente configurar-se, o processo utilize-se dos

mecanismos consagrados nas demais ciência para a regular apuração dos fatos, podendo assim alcançar a verdade almejada:

(...) a verdade perseguida pelo método acusatório, sendo concebida como relativa ou formal é adquirida, como qualquer pesquisa empírica, através do procedimento por prova e erro. A principal garantia de sua consecução é consequentemente confiada à máxima exposição das hipóteses acusatórias à falsificação pela defesa, isto é, ao livre desenvolvimento do conflito entre as duas partes do processo.¹⁵¹

Portanto, para que a prova jurídica seja uma atividade cognoscitiva – legitimando a conclusão através da busca da justiça – esta deve servir dos mesmos esquemas e regras das demais atividades que se desenvolvem à margem do direito e que também tenham como objetivo a averiguação dos fatos.¹⁵²

Tais considerações nos remetem a outra premissa, a qual afirma que “existe possibilidade de descobrir, com métodos adequados, a verdade referida aos eventos do mundo externo”.¹⁵³

2.2.3. A (ir)relevância da verdade

TARUFFO ainda faz referência a uma orientação segundo a qual o problema das verdade dos fatos é absolutamente irrelevante. Por tal orientação não se cogita se a verdade dos fatos é possível ou impossível, oportuna ou inoportuna, simplesmente tal discussão é excluída do campo de análise, não sendo objeto de particular atenção.¹⁵⁴

Tal orientação teria duas variações. A primeira fundamenta-se em uma interpretação do processo e das atividades que desenvolvem-se neste como meramente retóricas. Assim, o que se sucede no processo não seria mais do que um jogo retórico-persuasivo, voltado meramente ao convencimento de um sujeito, sem qualquer pretensão de validade intrínseca. Por este aspecto as

¹⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. op. cit. p. 562.

¹⁵² ABELLÁN, Marina Gascón. *Freedom of proof? El Cuestionable Debilitamiento de la Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita*. In Estudios Sobre la Prueba. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, pp. 47-48.

¹⁵³ TARUFFO, Michele. La Prueba. op. cit. p. 232. Tradução livre.

¹⁵⁴ TARUFFO, Michele. La Prueba de los Hechos. op. cit. p. 48.

teorias sobre a questão probatória e a determinação dos fatos nada mais seriam do que argumentações retóricas.¹⁵⁵

A segunda variação desta orientação baseia-se na aplicação de métodos e modelos semióticos aos problemas jurídicos. Os aspectos linguísticos do problema seriam os destacados, sendo considerado o processo como um espaço em que produzem-se diálogos e elaboram-se narrações, sendo estudado, portanto, em relação à estrutura destes discursos apresentados. A determinação do significado seria produzida, desta forma, dentro do próprio discurso elaborado, desvinculado de qualquer realidade empírica.¹⁵⁶

Nada cambia si se pasa de la teoría del lenguaje y del significado al área contigua de la semiótica estructural y de los modelos narratológicos aplicados al proceso en particular. Desde esta última perspectiva, adquiere relevancia exclusiva la dimensión semiótica de los discursos que se llevan a cabo en el proceso, que es concebido precisamente como un lugar en el que algunos sujetos realizan discursos y narran historias. (...) Está claro que si se considera relevante únicamente la dimensión semiótico-estructural del discurso, no se puede considera relevante el problema de si este discurso, incluso cuando afirma que se refiere a la realidad, hace referencia verdaderamente a alguna realidad empírica. Así, se afirma que la facticity o la fictionality de la narración de un hecho no es ciertamente relevante, tanto en el proceso como de forma general, desde un punto de vista semiótico. (...)

La medida em que remite más o menos conscientemente a estas opciones filosóficas fundamentales, la teoría semiótico-narrativa no es más que una versión actualizada y sofisticada del idealismo radical y a este nivel debe ser discutida y evaluada.¹⁵⁷

Os argumentos apresentados anteriormente, quando afirmou-se a possibilidade e oportunidade ideológica da descoberta da verdade também são aplicáveis neste ponto. É inaceitável reduzir a determinação dos fatos do processo a estruturas linguístico-narrativas desprovidas de qualquer contato com a realidade.

Esta posição desvincula o discurso da realidade, desconsidera a perspectiva da busca de qualquer espécie de correspondência entre os fatos narrados e aqueles ocorridos, transformando o processo em mero jogo, desprovido de qualquer perspectiva de justiça, o que não pode ser tolerado por aqueles que acreditam que o processo deva destinar-se, essencialmente, à produção de decisões justas. Afinal, “o poder judicial somente está legitimado enquanto amparado por

¹⁵⁵ Idem. pp. 48-49.

¹⁵⁶ Ibidem. pp. 51-52.

¹⁵⁷ Ib. pp. 53-55.

argumentos cognoscitivos seguros e válidos (não basta apenas boa argumentação), submetidos ao contraditório e refutáveis”.¹⁵⁸

A visão do processo como um jogo retórico esvazia a sua função de garantidor do respeito aos direitos dos indivíduos. Quando decide-se acerca de bens, vida e liberdade das pessoas, a realidade fática, a verdade que embasa essa decisão, é claramente relevante:

A investigação judicial não é uma busca puramente intelectual, mas o pressuposto de decisões sobre as liberdades dos cidadãos, nas quais o poder, na ausência de limites normativos, tende indefectivelmente a prevalecer sobre o saber. (...) a debilidade das garantias instrumentais corre sempre o risco de comprometer todas as garantias epistemológicas da verificação e da refutação fática, que são, assim, ainda mais carentes, no processo penal moderno, do que as garantias penais da verificabilidade e da refutabilidade jurídica.¹⁵⁹

Portanto, atestar a irrelevância da verdade é afirmar a incapacidade absoluta do processo para a resolução das elevadas atribuições que lhe são conferidas pela ordem constitucional. Tal irrelevância o transformaria em instrumento de mera imposição de poder e arbítrio, ao invés de instrumento de justiça.¹⁶⁰

A justiça da decisão passa – como já reiteradamente observado – pela correta reconstrução dos fatos relevantes. Essa consideração é suficiente para afirmar-se a relevância da verdade.¹⁶¹

¹⁵⁸ LOPES JR., Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal. op. cit. p. 67.

¹⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. op. cit. p. 147. Grifamos.

¹⁶⁰ “O vínculo da verdade processual é também a principal fonte de legitimação externa, ético-política, ou substancial do Poder Judiciário, que, diversamente de qualquer outro poder público, não admite uma legitimação de tipo representativo ou consensual, mas apenas uma legitimação de tipo racional e legal, adequada ao caráter cognitivo dos fatos e recongnitivo da sua qualificação jurídica”. Idem. pp. 500-501.

¹⁶¹ “O problema da justiça da decisão passa a corresponder à busca pela melhor decisão possível de ser obtida, mas, para que essa justiça seja alcançada, não basta a correção da escolha e da interpretação da regra jurídica aplicável ao caso concreto, tampouco da utilização de um procedimento válido para se chegar a decisão; é imprescindível, além de tudo isso, a reconstrução fiel dos fatos relevantes da causa”. CAMBI, Eduardo. A Prova Civil: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 304.

2.3. Finalidades da prova

ECHANDÍA¹⁶² observa que há diversas teorias acerca das finalidades das provas, mas afirma que estas podem ser reduzidas a três: a que considera como fim da prova judicial estabelecer a verdade; a que busca através da prova estabelecer o convencimento do juiz; a que sustenta que o fim da prova é fixar os fatos do processo.¹⁶³

TARUFFO elenca mais uma teoria, a da prova como *nonsense*. Nesta concepção, a prova seria algo que, na realidade, não existe. A prova, especialmente o procedimento de produção destas desenvolveriam uma função ritual dentro do processo. As provas e o procedimento teriam a importância de “fazer crer os cidadãos” que o processo seria apto a alcançar a verdade, na perspectiva de manutenção da coesão social, mesmo sabendo que tal verdade não poderia ser estabelecida.¹⁶⁴

A teoria que afirma a finalidade da prova como mera fixação dos fatos do processo apresenta, uma visão limitada do problema da prova, confundindo-a com a própria atividade processual, e não abordando como se produz a convicção. Desvincula-se, portanto, do problema da verdade, supervalorizando a já refutada concepção de verdade processual.¹⁶⁵

As duas teorias que serão objeto de análise mais aprofundada aqui são as que podemos considerar mais relevantes hoje. A primeira considera a prova como instrumento de persuasão, portanto sua função seria de convencimento, retórica. A segunda vislumbra a prova como um instrumento de conhecimento, atribuindo funções epistemológicas à esta:

¹⁶² Op. cit. p. 120.

¹⁶³ No mesmo sentido observa DIDIER que “há basicamente três teorias que visam a explicar qual a finalidade da prova: a) a que entende que a finalidade da prova é estabelecer a verdade; b) a que sustenta ser sua finalidade fixar formalmente os fatos postos no processo; c) a que entende que a sua finalidade é produzir o convencimento do juiz, levando-o a alcançar a certeza necessária à sua decisão”. Curso de Direito Processual Civil, vol. 2, 5ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 74.

¹⁶⁴ TARUFFO, Michele. La Prueba de los Hechos. op. cit. pp. 80-81.

¹⁶⁵ ECHANDÍA observa ainda que esta teoria está intimamente ligada ao sistema da prova tarifada: “*esta tesis está vinculada principalmente al sistema de la tarifa legal para la apreciación de las pruebas. (...) esta teoría contiene un planteamiento incompleto del problema del fin de la prueba (...). La consideramos sólo como una manera gráfica de indicar el resultado de la prueba*”. ECHANDÍA, Hernan Devis. op. cit. p. 121.

Semplificando anche qui un panorama che è assai più complicato, si può dire che esistono due concezioni principali della prova: quella che considera la prova come uno strumento di persuasione, e quindi ne definisce la funzione come retorica, e quella che considera la prova come uno strumento di conoscenza, e quindi ne mette in evidenza la funzione epistemica.¹⁶⁶

É evidente que tais posicionamentos refletem as teorias que tratam da própria questão da verdade, ou da possibilidade que esta seja encontrada no processo, sendo impossível desvincular tais questões.

2.3.1. A prova como fenômeno retórico-persuasivo

Possui grande prestígio a teoria que vislumbra na prova um elemento de persuasão, cuja aptidão seria a de produzir o convencimento em um determinado sujeito.¹⁶⁷ Tal teoria é decorrência fundamental de concepções narrativas ou semióticas do processo. Como vimos, tais concepções afirmam que o processo é uma ocasião na qual produzem-se diálogos e narram-se histórias. Só teria importância a dimensão linguística do processo, já que qualquer relação entre a realidade empírica e a narrativa não seria possível, ou relevante.¹⁶⁸

ECHANDÍA afirma que os autores que defendem tal teoria – se perfilhando entre eles – partem da premissa que a verdade é uma noção ontológica, objetiva, que corresponde ao ser mesmo da coisa ou fato, e portanto exige a identidade deste (coisa ou fato) com a ideia do conhecimento de que este se tem. Esta identidade da coisa ou fato em si mesma, com o conhecimento, que seria a verdade, pode ocorrer algumas vezes, mas não sempre, apesar do juiz considerar que há prova suficiente. Daí deduzem que o fim da prova seria a produção no juiz da certeza ou convencimento acerca dos fatos a que ela se refere. Tal certeza seria a crença de que os fatos existem ou não existem, a qual pode ou não corresponder a realidade.¹⁶⁹ Sendo assim:

La verdad es una noción ontológica, objetiva y el conocimiento que creemos tener de ella es subjetivo. Si el fin de la prueba fuese la verdad, resultaría que en muchos procesos no se habría cumplido ese fin (...). Siempre que, gracias a la prueba suministrada, se pronuncia sentencia,

¹⁶⁶ TARUFFO, Michele. Considerazioni su Prova e Motivazione. op. cit. p. 169.

¹⁶⁷ Moacyr Amaral Santos, por exemplo, afirma que “provar é convencer o espírito da verdade respeitante a alguma coisa”. SANTOS, Moacyr Amaral. Op. cit. p. 327. Fernando da Costa Tourinho Filho, por sua vez, observa que “o objetivo ou finalidade da prova é formar a convicção do Juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa”. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, vol. 3, 26ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 214.

¹⁶⁸ TARUFFO, Michele. La Prueba de los Hechos. op. cit. pp. 81-82.

¹⁶⁹ ECHANDÍA, Hernan Devis. op. cit. pp. 120-121

*aquella ha cumplido su función. Este simple razonamiento indica que el fin de la prueba es darle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos.*¹⁷⁰

Tal concepção ao excluir do processo qualquer função cognitiva, e ao considerar impossível ou irrelevante qualquer determinação da realidade na perspectiva de verdade, faz com que a prova seja um “pedaço de diálogo” produzido por um ou mais personagens para influir em outro, qual seja, o juiz.¹⁷¹

Para o modelo persuasivo a prova pertenceria ao campo da argumentação, e não da demonstração, sendo “estranho a uma racionalidade dialética a possibilidade de uma *evidentia*”.¹⁷² O destinatário – único e absoluto – da atividade probatória seria o juiz, já que esta existiria exclusivamente para produzir o seu convencimento.¹⁷³ Nesse sentido, expressamente observa-se que:

Non é objetivo concreto do juiz encontrar a verdade (absoluta) no processo. (...) se isso é correto, qual seria então a função da prova no processo? Constitui-se, ao que parece, em meio retórico, indispensável ao debate judiciário. O processo deve ser visto como o palco de discussões; a tópica é o método da atuação jurisdicional e o objetivo não é a reconstrução do fato, mas o convencimento dos demais sujeitos processuais sobre ele.¹⁷⁴

Então, tal concepção retórico-persuasiva parte da premissa de que a descoberta da verdade dos fatos – tais fatos como ocorreram – é impossível ou irrelevante. Não se confundindo com a posição que trata a atividade probatória como ritual legitimador da atividade jurisdicional, a única função que a prova pode obter por esta concepção é produzir convencimento em algum sujeito do diálogo que caracteriza, e por qual se caracteriza o processo.

Substitui-se o juízo de verdade por certeza. Certeza esta que deve ser produzida naquele que tem o condão de proferir a decisão sobre a pretensão apresentada, ou seja, o juiz. A prova seria assim, um instrumento – teórica e pretensamente – apto a influenciar no estado mental de determinado indivíduo.

¹⁷⁰ Idem. p. 122.

¹⁷¹ TARUFFO, Michele. La Prueba de los Hechos. op. cit. pp. 83-84.

¹⁷² KNIJNIK, Danilo. A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 12.

¹⁷³ “Sua finalidade é a formação da convicção quanto à existência dos fatos da causa. Visa assim, em primeiro lugar, a verificar se os fatos afirmados são certos, ou seja a criar a certeza quanto à sua existência. (...) Destinatário da prova é o juiz”. SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit. p. 328.

¹⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil, vol. 2, 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 253-254.

2.3.2. A crítica à concepção retórico-persuasiva

A primeira crítica que pode ser apontada é que, apesar de amparar o processo em uma estrutura de diálogos, a corrente retórico-persuasiva representa uma concepção irracional da prova. Irracional porque, ao tratar o fenômeno probatório como voltado à produção de um dado estado mental em um determinado sujeito, retira da prova qualquer perspectiva de racionalidade.

Ao transformar a prova em algo que destina-se a convencer alguém, não dá conta de como apreende-se tal próprio convencimento, que só pode ser uma atividade íntima, absolutamente livre. Tal afirmação retira qualquer perspectiva garantística da regra constitucional que determina a motivação das decisões, já que a própria motivação seria apenas um instrumento retórico ou ritual do juiz, sem qualquer perspectiva de controle.¹⁷⁵

TARUFFO aponta ainda a incompletude da concepção retórico-persuasiva. Esta faria algum sentido, por partir de um certo lugar comum: o fato das provas realizarem-se oralmente em audiência; a realização de interrogatórios cruzados; a própria argumentação dos advogados acerca das questões probatórias. Assim, inevitavelmente existiriam tais fatores, mas o que deve ser analisado é se a existência desses fatores é suficiente para que possam se conformar como “teoria dominante ou única e exclusiva da prova”.¹⁷⁶

Assim, tal concepção só prestaria-se a explicar a forma como os advogados utilizam a prova no processo, mas nada traria sobre como se forma o convencimento (certeza) que é atribuído à esta mesma prova. Seria inconsistente porque não conseguiria determinar quando a

¹⁷⁵ “A quienes plantean que la finalidad de la actividad probatoria es la producción de un determinado estado mental en el juez acerca de la proposición que se quiere probar, la coherencia del razonamiento les lleva necesariamente a tener que sostener una concepción irracional de la prueba como resultado, donde la única motivación necesaria de la decisión adoptada es que está se corresponde con el íntimo convencimiento del juez, que ésa es su creencia. Basta constatar, entonces, que el juez ha alcanzado esa creencia y, dado que ése no es un acto voluntario no puede exigirse una justificación en sentido estricto del mismo (...)Esta consecuencia parece estar en consonancia con las tesis de quienes han sostenido que la libre valoración de la prueba por parte del juez no puede ser más que la expresión del íntimo convencimiento del mismo acerca de los hechos ocurridos y es, por tanto, incontrolable e injustificable”. BELTRÁN, Jordi Ferrer. Prueba y Verdad en el Derecho, 2ª edição. Madri: Marcial Pons, 2005, pp. 86-87.

¹⁷⁶ TARUFFO, Michele. La Prueba de los Hechos. op. cit. p. 350.

prova consegue atingir tal perusação, e por não o fazê-lo é inútil, pois não consegue elaborar uma distinção entre o que seja prova e o que carece de qualquer eficácia probatória.¹⁷⁷

Observa ainda que tal concepção confundiria a descrição de um aspecto “parcial e contingente” – a argumentação – com uma teoria de determinação dos fatos em juízo, fazendo uma “indevida generalização”. Parte da constatação que há uso de elementos retórico-argumentativos no procedimento probatório para atribuir inteireza retórica a este fenômeno. Reproduz assim o vício desta mesma concepção de realidade, a qual não tem capacidade de distinguir entre argumentações válidas, já que estrutura tal validade unicamente no que é intrínseco ao próprio discurso eventualmente justificador.¹⁷⁸

Por fim, deve ser observado que tal concepção, apesar de estruturar o processo como um espaço de diálogos e, portanto, teoricamente valorizar o papel das partes, representa uma perspectiva arbitrária da jurisdição.

Arbitrária porque ao tratar o convencimento, a formação de um juízo contingente, individual e limitado de certeza, como objetivo de toda a atividade probatória e mesmo do próprio processo, confere poderes quase que ilimitados ao juiz, que esbarraria somente na sua própria consciência. Os fatos devem ser tratados em sua dimensão objetiva, e a teoria retórico-persuasiva traz uma construção subjetivista destes:

Essa concepção faz do juiz um soberano absoluto e incontrolável, por mais que a lei lhe imponha exclusões probatórias, critérios predeterminados de avaliação ou exigência de motivação. (...) a convicção do juiz, como fenômeno psicológico, reduz a prova a um ato de fé, à crença subjetiva do juiz na existência dos fatos, que a lei transforma num juízo de certeza com validade apenas no caso concreto, mas do qual podem resultar a negativa da tutela do direito de quem o tem ou a sua concessão a quem não o tem.¹⁷⁹

Insustentável que, em uma concepção democrática de processo, se apresente um indivíduo – o juiz – como destinatário único de uma atividade realizada. Tal concepção democrática pressupõe que o processo seja um espaço dialético marcado pelo contraditório e pela participação. Pressupõe, ainda, que existam formas eficazes de controle – portanto racionais

¹⁷⁷ Idem. pp. 354-355.

¹⁷⁸ Ibidem. p. 355.

¹⁷⁹ GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil, vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 109.

– das decisões, controle este que deve ser exercido pelas partes, pelos demais juízes, e por toda a coletividade.¹⁸⁰

2.3.3. A prova como fenômeno demonstrativo

No modelo demonstrativo a prova é considerada um instrumento de *conhecimento*, “tem por finalidade reconstruir o fato no processo, para, depois, separadamente, resolver-se a questão de direito. Seu ponto de partida é a autonomia do mundo fático (...) seu ponto de chegada é a apreensão do mundo fenomênico, a denominada ‘verdade real’ ou ‘verdade total’: são os fatos, como eles ocorreram, em sua inteireza”.¹⁸¹

É uma concepção do fenômeno da prova que parte da premissa de que o processo deve orientar-se para a reconstrução da verdade dos fatos. Tal verdade não resultaria do convencimento, ou de alguma espécie de intuição subjetiva, cumprindo a prova a sua função epistemológica quando configura-se como instrumento para que o juiz possa descobrir e conhecer a verdade sobre os fatos da causa.¹⁸²

Essa perspectiva representa as concepções que acreditam possível – e necessária – a determinação da verdade dos fatos no processo. “*Aunque sólo se puedan considerar aceptables las versiones relativizadas y contextualizadas de la verdad judicial, su propia posibilidad teórica y práctica constituye la premisa para una definición de la prueba como medio para establecer la verdad de los hechos*”.¹⁸³

¹⁸⁰ “O juiz não é o único destinatário das provas. Ainda que o fosse, ele colhe provas que não se destinam à sua exclusiva apreciação, mas também à apreciação dos tribunais superiores que exercerão a jurisdição no mesmo processo em instâncias diversas. Mas, de fato e de direito, também são destinatárias das provas as partes que com elas pretendem demonstrar a veracidade dos fatos por elas alegados, que têm o direito de que sejam produzidas no processo todas as provas necessárias a demonstrá-los e de discutir as provas produzidas em contraditório com o adversário e com o juiz”. Idem. p. 111.

¹⁸¹ KNIJNIK, Danilo. op. cit. pp. 11-12.

¹⁸² TARUFFO, Michele. Considerazioni su Prova e Motivazione. op. cit. p. 169.

¹⁸³ TARUFFO, Michele. La Prueba de los Hechos. op. cit. p. 84.

A importância desta teoria está em que somente ela consegue dar uma dimensão racional ao fenômeno probatório, e atribui-lhe uma função específica no processo, que é oferecer elementos para a eleição racional da versão dos fatos que possa ser definida como verdadeira.¹⁸⁴

Além disto, representa a única possibilidade de qualquer qualificação substancial do processo, ou seja, somente por ela vislumbra-se a construção do processo como um instrumento de justiça, já que não faz sentido a invocação de valores como a legalidade e a justiça da decisão quando não reconhece-se que a verdade dos fatos é condição necessária para a aplicação da norma.¹⁸⁵

As críticas feitas a tal teoria remetem necessariamente à impossibilidade – prática, teórica ou ideológica – de descoberta da verdade. Aqui são necessárias algumas reiteraões e ponderações. Foi demonstrado que não há diferença substancial entre a possibilidade de descobrimento da verdade no processo e fora deste. Tal verdade não é “a verdade metafísica dos conceitos abstratos ou da fé, mas a verdade acessível ao conhecimento racional a respeito dos fatos do mundo em que o ser humano vive e age”.¹⁸⁶

Parte-se de alguns princípios. O mundo fenomênico existe, em sua realidade e inteireza. O ser humano, através da sua racionalidade, apreende cotidiana e corriqueiramente esta realidade que o cerca, através da observação e de experiências passadas. Dessa apreensão da realidade são retiradas conclusões e tomadas decisões.

A contingência, a perene temporalidade do conhecimento científico (aqui a compreensão de ciência é a mais ampla possível), é um dado inafastável. Na verdade, é bom que o seja, já que isto dá uma eterna incompletude à experiência humana, nunca plenamente satisfeita na busca de tal conhecimento.

Deste dado – contingência do conhecimento – podemos tirar duas possibilidades de conduta. A primeira parte da compreensão de que, já que o verdadeiro conhecimento, a pretensa verdade absoluta é absolutamente inatingível, a questão não deve sequer ser considerada ou

¹⁸⁴ Idem. p. 86.

¹⁸⁵ Ibidem.

¹⁸⁶ GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil, vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 117.

invocada. Decorrente dessa conduta, também emergem duas possibilidades de conceber o exercício da jurisdição. Pela primeira o processo seria apenas um meio de solucionar os conflitos levados ao Poder Judiciário, exercendo uma função meramente ritual na perspectiva da manutenção da coesão e ordem social. A segunda transforma o processo em um jogo retórico, na qual as partes que apresentam pretensões levantam argumentações para – única e exclusivamente – tentar produzir um estado mental de convencimento naquele que está legitimado à decidir. Esta legitimação só poder ser, portanto, feita *a priori*, e é absolutamente incontrolável por qualquer espécie de procedimento.

A outra possibilidade de conduta parte da ideia de que a contingência e perenidade do conhecimento não retiram o aspecto de validade de opções realizadas com o conhecimento existente e adequado para cada situação em determinada época. Assim, a compreensão atual de algum fenômeno – e tal compreensão só pode ser atual – é correta se utiliza os instrumentos cognoscitivos existentes e corretos, e, além disso, é amparada por uma perspectiva de razão pública.

Pela visão apresentada, a contingência do conhecimento não é suficiente para que admita-se as nefastas consequência de transformar o processo em um mero instrumento ritual, ou espaço argumentativo, subjetivo e incontrolável:

Será que a contingência do conhecimento científico deveria levar o jurista a contentar-se com a ideia da certeza em lugar da ideia de verdade? (...) a ideia de certeza é restritiva em relação à de verdade, porque pode representar apenas um juízo subjetivo meramente resultante de uma persuasão retórica, ou até mesmo um juízo formal induzido por prescrições legais inteiramente distanciadas de qualquer fundamentação científica. (...) A verdade, com os significados garantístico e político acima mencionados, tem de ser objetivamente controlável e controlada, para aproximar o processo da justiça, tendendo à reconstrução mais fiel possível dos fatos da causa. Para isso, o método da prova judiciária não pode diferir substancialmente do método de investigação das ciências experimentais, adotando critérios lógico-racionais comuns a essas ciências. (...) Daí resulta que o discurso justificativo das decisões sobre os fatos deve ter por função a demonstração lógico-racional da correspondência das afirmações aos fatos do mundo real, com o emprego dos mesmos métodos e critérios das ciências correspondentes, quando for o caso.¹⁸⁷

Dessa maneira, tal concepção vislumbra a prova como um instrumento de conhecimento, atribuindo caráter racional ao fenômeno probatório. Parte do princípio de que o processo justo é aquele orientado essencialmente para a produção de decisões justas, sendo que

¹⁸⁷ Idem. p. 118.

essas decisões não podem prescindir da correta reconstrução da realidade fática que dá origem a pretensão.

Pelo aqui exposto, o mundo fenomênico é compreendido como uma realidade possível de ser apreendida, sendo o processo visto, ao menos teoricamente, como algo capaz de realizar tal tarefa. Ao mesmo tempo que vislumbra esta possibilidade, a concepção demonstrativa da prova impõe que a busca da verdade objetiva deva ter, no processo, o mesmo trato, e o mesmo grau de seriedade que ocorre nos demais ramos da ciência que buscam averiguar alguma espécie de fatos.¹⁸⁸

2.4. O Conceito de Prova

O vocábulo prova é utilizado, em sentido jurídico, em múltiplas acepções. Dentre estas, podemos destacar três, por sua importância: prova como meio, prova como atividade, prova como resultado.¹⁸⁹ Tais sentidos não são tratados de forma unívoca na doutrina.

DIDIER, afirma, ao tratar dessas três acepções que o vocábulo prova “a) às vezes, é utilizado para designar o ato de provar, é dizer, a atividade probatória; (...) b) noutras vezes, é utilizado para designar o meio de prova propriamente dito (...); c) por fim, pode ser utilizado para designar o resultado dos atos ou dos meios de prova que foram produzidos no intuito de buscar o convencimento judicial”.¹⁹⁰

Já MARINONI observa que prova “pode significar inicialmente os instrumentos de que serve o magistrado para o conhecimento dos fatos submetidos à sua análise, sendo possível assim

¹⁸⁸ “É através da argumentação probatória que se constrói racionalmente a verdade fática. Essa argumentação deve arrimar-se principalmente na lógica e na metodologia das ciências, tendo caráter tão demonstrativo como o de quaisquer outras ciências experimentais, utilizando o raciocínio indutivo e dedutivo”. GRECO, Leonardo. O Conceito de Prova. op. cit. p. 470.

¹⁸⁹ GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil, vol. II. op. cit. p. 103.

¹⁹⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil, vol. 2, 5ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 43.

falar em prova documental, prova pericial, etc.”.¹⁹¹ Pode também representar a forma a qual os instrumentos de cognição são formados e recepcionados pelo juízo, a atividade lógica realizada pelo juiz para o conhecimento dos fatos, e, por fim, o resultado lógico de tal conhecimento.¹⁹²

GRECO, por sua vez, associa tais acepções à entendimentos acerca do fenômeno probatório. Assim, prova como meio “corresponde ao processo mental através do qual se estabelecem conclusões decorrentes de determinadas premissas e se constrói o julgamento dos fatos no processo”.¹⁹³ Esta representaria a concepção lógica da prova, decorrente da tradição dialética e retórica, sofística e aristotélica.

Por corresponder a um processo mental, aquela concepção remonta à finalidade da prova como instrumento retórico-persuasivo, carecendo, portanto, de julgamento objetivo dos fatos.¹⁹⁴

A prova como atividade remeteria-se à própria atividade processual, sendo assim “uma atividade de colheita de elementos de convicção no processo, um conjunto de atos processuais que levam o juiz a uma convicção”.¹⁹⁵ Representa, portanto, mais uma concepção que trata a finalidade da prova como estabelecer um estado mental de convencimento, um juízo de certeza e não de verdade, seja em decorrência de considerar a impossibilidade de descoberta da verdade – impossibilidade esta teórica, ideológica ou fática – ou vislumbrá-la como irrelevante.

À concepção da prova como resultado, atribui o autor a definição de “concepção metajurídica”, a qual “identifica a prova como um fenômeno humano, utilizado pelo conhecimento em todas as áreas do saber – e não como fenômeno exclusivo e típico do processo judicial”.¹⁹⁶ A visão em análise afasta-se da perspectiva retórico-argumentativa, por tratar a

¹⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil, vol. 2, 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 258.

¹⁹² Idem. p. 259.

¹⁹³ GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil, vol. II. op. cit. p. 103.

¹⁹⁴ “A adoção dessa concepção é perigosa, insuficiente, porque nele se superestimam, na avaliação das provas, a estratégia e os argumentos dos advogados, desprezando a busca da verdade e havendo, assim, o risco de comprometer todas as suas conclusões”. Idem. p. 104.

¹⁹⁵ Ibidem. p. 105.

¹⁹⁶ Ib. loc. cit.

prova como fenômeno demonstrativo – e não persuasivo –, colocando a descoberta da verdade, e não a convicção de algum personagem, como elemento funcional do conceito.¹⁹⁷

Portanto, é evidente que os diversos conceitos de prova proferidos pela doutrina se referem expressamente às perspectivas de cada qual sobre a finalidade e o destinatário do fenômeno da prova.

Aqueles que se alinham às concepções retórico-persuasivas, expõem conceitos que terão como base a formação do convencimento do juiz. Neste sentido, afirma FREDERICO MARQUES que “a prova é (...) elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz e o meio de que este se serve para averiguar sobre os fatos em que as partes fundamentam suas alegações”.¹⁹⁸

LOPES JR., por sua vez, observa que “as provas são os materiais que permitem a reconstrução histórica e sobre os quais recai a tarefa de verificação das hipóteses, com a finalidade de convencer o juiz (função persuasiva)”.¹⁹⁹ No mesmo sentido SANTOS: “prova é a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo”.²⁰⁰ Para GRINOVER, “a prova constitui, assim, numa primeira aproximação, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência de certos fatos”.²⁰¹

Ainda, no sentir de MARINONI, a “prova é todo meio retórico, regulado pela lei, dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo”.²⁰² Por fim, afirma HECHANDÍA que “*probar es aportar al proceso, por los medios y procedimientos*

¹⁹⁷ *Ib.* p. 106.

¹⁹⁸ MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal, vol. II. Campinas: Bookseller, 1998, p. 253.

¹⁹⁹ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional, vol. I, 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 491.

²⁰⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. *op. cit.* p. 329.

²⁰¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *op. cit.* p. 112.

²⁰² MARINONI, Luis Guilherme. *op. cit.* p. 260.

*aceptados por la ley, los motivos o las razones para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos”.*²⁰³

Em todos os conceitos acima elencados, apesar das diferenças existentes entre estes, se apresenta o elemento funcional da convicção como fundamental.²⁰⁴ DINAMARCO, por sua vez, afirma que “prova é um conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento”.²⁰⁵ Apesar de apresentar o elemento ‘verdade’ se identifica tal conceito diretamente com a concepção de prova como atividade.

Em contrapartida, um conceito de prova que a observe como um fenômeno demonstrativo necessariamente apresentará como elementos fundamentais a verdade, a demonstração, ou a existência.

Neste sentido, salienta TARUFFO que “*con el término ‘prueba’ se hace referencia sintetizadamente al conjunto de los elementos, de los procedimientos y de los razonamientos por medio de los cuales aquella reconstrucción es eslaborada, verificada y confirmada como ‘verdadera’*”.²⁰⁶ Afirma, ainda, que se pode ter uma noção geral de prova como “*elemento de confirmación de conclusiones referidas a aserciones sobre hechos o bien como premisa de inferencias dirigidas a fundamentar conclusiones consistentes en aserciones sobre hechos*”.²⁰⁷

Em sentido semelhante, mesmo que sem abordar tal discussão, enuncia JARDIM que “concebemos a prova como sendo o resultado da demonstração, submetida ao crivo do

²⁰³ ECHANDÍA, Hernando Devis. op. cit. pp. 22-23.

²⁰⁴ “Ao dizer que o accertamento dos fatos (...) consiste na convicção ou tem como função a sua formação (...) a doutrina processual está na verdade se rendendo ao relativismo da justiça do caso concreto, abandonando qualquer correspondência dos fatos do processo com a verdade objetiva e renunciando a qualquer possibilidade de equiparar a cognição judicial à que se desenvolvem racionalmente em outras ciências, mesmo experimentais”. GRECO, Leonardo. O Conceito de Prova. op. cit. p. 440.

²⁰⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, vol. III, 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 43.

²⁰⁶ TARUFFO, Michele. La Prueba de los Hechos. op. cit. p. 84.

²⁰⁷ Idem. p. 327.

contraditório processual, da real ocorrência dos fatos relevantes para o julgamento da pretensão do autor”.²⁰⁸

Por fim, ressalta GRECO que “provar é (...) o conclusivo acerto da existência ou não dos fatos probandos, manifestado em decisão fundamentada pelo julgador”.²⁰⁹

2.5. É livre o livre convencimento?

2.5.1. Sistemas de avaliação das provas

O artigo 131 do Código de Processo Civil dispõe 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”.²¹⁰ Por sua vez, o artigo 155 do Código de Processo Penal afirma que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial (...)”.

A doutrina, tradicionalmente aponta três sistemas de avaliação das provas: o sistema da livre, ou íntima convicção; o sistema da prova tarifada; o sistema da persuasão racional, ou livre convencimento motivado. Os artigos anteriormente citados consagram a adoção do sistema do livre convencimento motivado no ordenamento brasileiro.²¹¹

²⁰⁸ JARDIM, Afrânio Silva. op. cit. p. 202.

²⁰⁹ GRECO, Leonardo. O Conceito de Prova. op. cit. p. 439.

²¹⁰ Observa Celso Agrícola Barbi que “esse dispositivo consagra o princípio da livre convicção e contém algumas prescrições que são necessárias para lhe fixar o alcance, ao dizer que o juiz atenderá aos fatos e circunstâncias constantes dos autos. (...) O juiz é livre para se convencer acerca dos fatos, mas os elementos para essa convicção são apenas os existentes nos autos. (...) *quod non est in actis non est in mundo*; os autos são o mundo do juiz na apreciação dos fatos, salvo, é claro, alguma exceção, como os fatos notórios, que independem de prova. (...) a parte final do artigo impõe ao juiz indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.” BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. I, 13ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 411.

²¹¹ Exceção significativa é a decisão dos membros do conselho de sentença, nos crimes levados a júri popular, que segue a regra da íntima convicção.

O mais remoto sistema, o da íntima convicção, é característico da antiguidade, e, em regra, o juiz não precisaria proferir qualquer fundamentação acerca dos fatos ao proferir a sua decisão.²¹²

Este modelo representava a absoluta falta de qualquer perspectiva de controle acerca da realidade fática nas decisões judiciais. Em reação à tal modelo se cunhou o sistema da prova legal ou tarifada, no qual “o objetivo da doutrina medieval, ao operar à base da prova tarifada, fora, justamente, banir a arbitrariedade do juiz e, ao mesmo tempo, garantir alguma dose de racionalidade do acerto fático”.²¹³

O sistema da prova legal caracteriza-se por uma técnica que estabelece *a priori*, com base em um comando geral e abstrato, o valor e peso de cada específico meio de prova:

Com as provas legais, a prova judiciária criou uma lógica própria, imposta ao juiz pelo legislador ou pelo soberano. Os sistemas normativos possuíam as seguintes características: 1) estipulavam rigorosamente os meios de prova admissíveis; 2) disciplinavam em pormenores o procedimento probatório; 3) estabeleciam exclusões probatórias de meios ou de pessoas; 4) obrigavam o juiz a dar a cada prova o valor predeterminado na lei; 5) proibiam o juiz de considerar provados os fatos por provas diversas das especificamente previstas em lei.²¹⁴

O sistema das provas legais caracterizou-se, em que pese suas intenções iniciais, por ser um sistema extremamente rígido, formalista, e por vezes extremamente complexo.²¹⁵ Muitas das críticas que lhe foram dirigidas são válidas, especialmente aquelas que enunciam a impossibilidade de atribuir-se a cada meio de prova, de forma geral e abstrata, um peso específico totalmente desvinculado da realidade do caso concreto posto em juízo; a eventual substituição do arbítrio judicial pelo arbítrio de quem tinha poder para determinar tais pesos e valores dos meios de prova.

Inegável também os aspectos positivos de tal sistema, que põs em evidência a necessidade da utilização de um método racional para avaliação da prova, buscando reduzir a

²¹² GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil, vol. II. op. cit. p. 133.

²¹³ KINJINK, Danilo. Os Standards do Convencimento judicial: Paradigmas para o seu Possível Controle. Disponível em www.abdpc.org.br. Acesso em 01/12/2009.

²¹⁴ GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil, vol. II. op. cit. pp. 133-134.

²¹⁵ TARUFFO, Michele. La Prueba de los Hechos. op. cit. p. 388.

arbitrariedade inerente ao sistema da íntima convicção, e sepultando as provas conhecidas como ordálias, ou baseadas no “juízo de Deus”.²¹⁶

Tal sistema foi superado, embora ainda permaneçam alguns de seus resquícios, como se verifica claramente no artigo 227 do Código Civil, o qual estabelece que “salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário-mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados”. Assim, se estabelece *a priori*, de forma geral e abstrata, uma limitação probatória que impede a prova de determinado negócio jurídico por um específico meio de prova.

Em sentido semelhante, tem-se a previsão do artigo 158 do Código de Processo Penal, o qual dispõe que “quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo à confissão do acusado”.

A extrema rigidez do sistema das provas tarifadas, e as dificuldades inerentes a um sistema tão complexo e pré-estabelecido levaram a que se voltasse a um sistema em que as provas e os meios probatórios não tivessem, de forma pré-determinada, peso ou valor geral e abstrato, privilegiando o caso concreto e a liberdade dos meios de prova.

Buscou-se temperar o sistema da arbitrariedade da íntima convicção, característico da Antiguidade com a necessidade de que tal convencimento fosse motivado, ou estabelecendo critérios como o que afirma *quod non est in actis non est in mundo*. Porém, em princípio, o que diferencia cabalmente o sistema das provas legais e o do livre convencimento – mesmo considerado este como motivado ou decorrente da persuasão racional – é que, no primeiro estabelece-se de forma geral e abstrata o valor que se deve atribuir a cada meio de prova, enquanto que no segundo tais regras inexistem, “implicando que a definição da eficácia de cada prova para determinar algum fato seja avaliada caso a caso, com base critérios flexíveis, não pré-determinados e discricionários, os quais se deve basear em pressupostos da razão”.²¹⁷

²¹⁶ Idem, loc. cit.

²¹⁷ Ibidem, p. 387.

Assim, “a regra do livre convencimento dá ao julgador a prerrogativa de valorar os elementos probatórios do processo segundo sua própria inteligência e sensibilidade, sem estar vinculado a estritos critérios legais que predeterminassem o valor de cada meio de prova ou, menos ainda, o de cada prova em concreto”.²¹⁸ Porém, nada estabelece em relação ao que seriam critérios aceitáveis de “inteligência e sensibilidade”²¹⁹, retornando o perigo de que se dê margem a renovação do arbítrio judicial na valoração da prova.²²⁰

2.5.2. Limites e conteúdo do livre convencimento

O primeiro limite corriqueiramente apontado ao livre convencimento do juízo na valoração do material probatório é aquele expressamente positivado no já citado artigo 158 do CPC, “atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos” – *quod non est in actis non est in mundo*. Tal disposição legal busca impedir que o juiz decida com base em informações ou conhecimentos externos ao processo, que não foram apresentados em juízo e, portanto, não foram submetidos a possibilidade de manifestação ou impugnação das partes.

Tal critério, ainda que absolutamente louvável, por si só não é suficiente para garantir que se estabeleça um correto juízo de valoração das provas. Caso não haja uma perspectiva racional da possibilidade de tal controle – da valoração dos juízos de fato – nada impede que o juiz se atendo às provas dos autos chegue a um resultado “livremente absurdo”, ou utilize conhecimento exterior ao processo para estabelecer as inferências daqueles fatos e circunstâncias que podem ser livremente valorados. Isto é um problema, já que “a livre convicção do juiz o

²¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, vol. I, 4ª edição. op. cit. p. 242.

²¹⁹ “*El principio del libre convencimiento opera excluyendo el recurso a reglas de prueba legal, pero no dice nada especialmente significativo em torno a lo que el juez debe hacer a la hora de valorar las pruebas*”. TARUFFO, Michele. La Prueba Científica en el Proceso Civil. In Estudios Sobre la Prueba. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 141.

²²⁰ FERRAJOLI, por exemplo, faz pesadas críticas à como se deu tal superação da prova tarifada “o abandono das provas legais em favor da livre convicção do juiz, contudo, do modo como foi concebido e praticado pela cultura jurídica pós-iluminista, correspondeu a uma das páginas politicamente mais amargas e intelectualmente mais deprimentes da história das instituições penais. A fórmula da ‘livre convicção’, que por si mesma expressa apenas um trivial princípio negativo, que deve ser integrado com a indicação das condições não legais, mas epistemológicas da prova, na realidade foi acriticamente entendida como um critério discricionário de valoração, substitutivo das provas legais. Recepcionada neste sentido pela doutrina e jurisprudência, permitiu a ambas que iludissem, nos planos teórico e prático, o enorme problema da justificação da indução, sobre o qual, de Hume em diante, havia-se esforçado a reflexão epistemológica. E terminou por transformar-se em um tosco princípio potestativo, idôneo para legitimar o arbítrio dos juízes. Assim, ocorreu que o repúdio às provas legais, como condições suficientes da condenação e da pena, se converteu de fato na negação da prova como condição necessária da ‘livre’ convicção sobre a verdade dos pressupostos de uma e de outra, e o princípio da livre convicção, em vez de atuar como pressuposto indispensável da garantia do ônus – ou, pelo menos, da necessidade – da prova, entrou em contradição com ela, tornando vã toda sua função normativa”. FERRAJOLI, Luigi. op. cit. pp. 133-134.

torna muito poderoso em matéria de revelação da verdade, pois as razões por ele expostas muitas vezes escondem os motivos reais das decisões”.²²¹

O também já citado artigo 155 do CPP, com redação determinada pela Lei 11.690 de 9 de junho de 2008, procura legitimar a valoração probatória através da necessidade de observância do contraditório, evitando a formação de juízos com base em elementos estranhos ao processo, tentando assegurar a característica democrática do procedimento. Mais uma vez, a mera previsão de formal observância do contraditório – informação e possibilidade de manifestação – não assegura que o juízo expresso seja racionalmente adequado.

A busca por estabelecer critérios aceitáveis para tal valoração, muitas vezes remete a concepções tão abstratas que não satisfazem a perspectiva do controle. Por exemplo, afirma FREDERICO MARQUES, ao tratar do princípio do livre convencimento que “esse princípio libertou o juiz, ao ter de examinar a prova, de critérios apriorísticos contidos na lei, em que o juízo e a lógica do legislador se impunham sobre a opinião que em concreto podia o magistrado colher; não o afastou, porém, do dever de decidir segundo as ditames do bom senso, da lógica e da experiência”.²²² DIDIER, por sua vez, afirma que “não obstante apreciar as provas livremente, o juiz não segue as suas impressões pessoais, mas tira a sua convicção das provas produzidas, ponderando sobre a qualidade e a força probante destas; a convicção está na consciência formada pelas provas”.²²³ SANTOS, por sua vez, afirma que:

Conforme esse sistema (o da persuasão racional), o juiz, não obstante apreciar as provas livremente, não segue as suas impressões pessoais, mas tira a sua convicção das provas produzidas, ponderando sobre a qualidade e a *vis probandi* destas; a convicção está na consciência formada pelas provas, não arbitrária e sem peias, e sim condicionada a regras jurídicas, a regras de lógica jurídica, a regras de experiência, tanto que o juiz deve mencionar na sentença os motivos que a formaram. (...) A convicção fica, assim, condicionada: a) aos fatos nos quais se funda a relação jurídica controvertida; b) às provas desses fatos, colhidas no processo; c) às regras legais e a máximas de experiência; e, por isso que é condicionada, deverá ser motivada.²²⁴

²²¹ GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil, vol. I. op. cit. p. 553.

²²² MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal, vol. II. Campinas: Bookseller, 1998, p. 278.

²²³ DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil, vol. 2. op. cit. p. 40.

²²⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit. p. 380.

ECHANDÍA sustenta que “*la libertad de apreciación no exime de someterse a las reglas de la lógica, de la sicologia y a las llamadas máximas generales de la experiencia; es decir, siempre debe existir sana crítica*”.²²⁵ Em sentido similar, Daniel Langier:

*La doctrina procesalista y la jurisprudencia han superado ya la interpretación de la libre valoración de la prueba como ‘íntima convicción’, señalando que la valoración de la prueba no puede ser una operación libre de todo criterio y cargada de subjetividad, sino que debe estar sometida a las ‘reglas de la lógica’, las ‘reglas de la sana crítica’, ‘de la experiencia’, del ‘criterio racional’ o del ‘criterio humano’.*²²⁶

Por fim, assegura BARBOSA MOREIRA:

Livre valoração da prova não significa, é claro, arbítrio judicial na reconstituição dos fatos. A rigor, talvez nem seja próprio aplicar o adjetivo ‘livre’, consoante não raro se faz, ao convencimento do juiz. O que se pode discutir, e na realidade se tem discutido, com referência a este, é o grau de força persuasiva que, uma vez valorada, deva a prova atingir para justificar a afirmação ou a negação do fato a que ela concerne.²²⁷

As considerações feitas, no geral convergem nos seguintes pontos: a livre valoração não é propriamente livre²²⁸; livre valoração não é arbítrio; a livre valoração está submetida às regras da lógica, às máximas de experiência e à racionalidade.

Ocorre que, esses critérios apresentados se tornam completamente vazios quando se adota uma concepção que considera a prova como instrumento retórico-persuasivo, ou apenas ritual simbólico. Como sustentar que a livre valoração da prova deve estar submetida às regras da razão quando considera que esta própria é um mero instrumento retórico? Como estabelecer critérios racionais quando se tem como finalidade do fenômeno probatório produzir a convicção em um indivíduo?

Talvez tais critérios sejam até úteis em algumas situações, mas só serão naquelas em que for absolutamente evidente o desacerto na tomada da decisão, em casos absolutamente

²²⁵ ECHANDÍA, Hernando Devis. Compendio de La Prueba Judicial, Tomo I. op. cit. p. 68.

²²⁶ LAGIER, Daniel González. Argumentación y Prueba Judicial. In Estudios Sobre la Prueba. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 114.

²²⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Alguns Problemas Atuais da Prova Civil. In Temas de Direito Processual, Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 155.

²²⁸ “Como antítese do método da prova legal, em que o valor de cada prova era previamente estabelecido pelo legislador, o livre convencimento não pode ser confundido, no entanto, com permissão para uma valoração subjetiva e isenta de critérios e controles. Trata-se, ao contrário, de princípio de avaliação de provas que não exclui regras de admissibilidade na formação do material probatório, nem a submissão aos postulados da lógica e da experiência na apreciação desse mesmo material”. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Princípios gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal. In Revista de Informação Legislativa 183. Brasília: Julho; setembro 2009, ano 46, pp. 41-42.

limites. Para que o livre convencimento seja efetivamente controlado deve este ser depurado de uma concepção positivista, já que “o manejo garantístico do livre convencimento somente é possível se ele se apóia em regras racionais de avaliação das provas, extraídas da epistemologia, da lógica, da psicologia e das outras ciências capazes de revelar a verdade fática, portanto, recorrendo a métodos extra-jurídicos”.²²⁹

TARUFFO afirma que as fórmulas como “certeza moral” ou “prudente apreciação”, servem, na verdade, para encobrir a carência de critérios claros e racionais para a valoração das provas.²³⁰ Logo, a concepção do processo moderno como um instrumento racional de resolução de conflitos, orientado fundamentalmente para a produção de decisões justas pressupõe uma concepção do fenômeno probatório que represente o exercício de tal racionalidade.

Ao adotar uma das muitas concepções irracionais da prova – inclusive aquelas que as vislumbram como instrumentos retóricos formadores de pretensa certeza –, não haverá saída a não ser fazer uma opção entre a íntima convicção (ou seja o arbítrio judicial) e a tarifação das provas.

Ocorre que tal dicotomia não é verdadeira. As concepções irracionais não são a única opção à prova legal, assim como esta não é a única alternativa ao subjetivismo do juiz; “*en efecto, lo que queda excluido de la rígida alternativa entre la ley e la intuición subjetiva es precisamente la posibilidad de usar criterios racionales para la determinación judicial de los hechos*”.²³¹

Podemos considerar o livre convencimento, ou a persuasão racional como uma conquista do “processo como instrumento civilizatório de promoção da justiça”.²³² Isto porque sem a mencionada liberdade não haveria independência da jurisdição. Ocorre que, isto só se

²²⁹ GRECO, Leonardo. O Conceito de Prova. Op. cit. p. 463.

²³⁰ “*El ámbito de la libre convicción resulta, entonces, un espacio en el que circulan fórmulas difundidas, pero de significado cuanto menos incierto: algunas reminiscencias iusnaturalistas o iluministas inducen a algunos a evocar la probabilidad y la inducción, pero de forma absolutamente genérica; más a menudo se habla de ‘prueba moral’, de ‘certeza moral’, de ‘prudente apreciación’, ‘íntima convicción’ o de otras nociones análogas que, no obstante, no remiten nunca a criterios racionales identificables de valoración. La realidad es que estas fórmulas sirven para cubrir la carencia de criterios racionales claros y ampliamente compartidos para la valoración de las pruebas*”. TARUFFO, Michele. La Prueba de los Hechos. op. cit. pp. 396-397.

²³¹ Idem. p. 399.

²³² CAMBI, Eduardo. Neoprivatismo e neopublicismo a partir da Lei 11.690/2008. In Revista de Processo nº 167. Ano 34. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./2009, p. 28.

configura como instrumento de promoção da justiça quando exercitado de forma racional, ou seja, através de critérios controláveis e aceitos pela coletividade.

Se inexistentes tais critérios ou racionalidade, não haverá diferença alguma entre o livre convencimento motivado de hoje e aquela íntima convicção exercida na antiguidade. A única diferença será não substancial, através de uma pretensa garantia formal de motivação, necessariamente subjetiva e só controlável na inteireza e internalidade do discurso apresentado.

Torna-se fundamental, portanto, que as decisões sejam tomadas de acordo com critérios aceitáveis, racionalmente, pela coletividade.²³³ A apreciação da prova, a correta apreensão do fenômeno, pressupõe a adoção de critérios objetivos, devendo ser, por conseguinte, uma valoração racional e lógica.

Essa fórmula “valoração racional e lógica” só terá algum conteúdo se entendida a função da prova como descoberta da verdade, ou seja, se compreendida esta em sua perspectiva demonstrativa e epistemológica. Isto implica que, considerando a prova como algo comum a todos os ramos de conhecimento humano que cuidam de alguma forma da reconstrução dos fatos, se utilize, no âmbito do processo, os mesmos mecanismos utilizados em outras ciências, e que a controlabilidade de tal reconstrução dos fatos se dê nos mesmos moldes, isto é, através dos critérios empíricos e racionais adequados.²³⁴

Ao tratar da possibilidade do controle racional dos atos decisórios, observa TARUFFO que os critérios de racionalidade operam como mecanismos de controle sobre o raciocínio do

²³³ “A tutela jurisdiccional efetiva dos direitos dos cidadãos, constitucionalmente assegurada (art. 5º, XXXV), não se contenta com qualquer verdade fáctica, emanada da opinião do julgador, o que transformaria o direito subjetivo em um direito aleatório, conforme os fatos dos quais resulta fossem reputados ou não verdadeiros pelo julgador. Se diante de certas provas, determinado cidadão teve reconhecidos como verdadeiros os fatos de que resulta o seu direito, diante dessas mesmas provas um outro juiz não pode recusar essa veracidade, simplesmente porque o primeiro juiz se convenceu da existência dos fatos e o segundo, não. (...) A isonomia e a impessoalidade da jurisdição exigem que o livre convencimento seja formado através de critérios aceitáveis para todos e não apenas para o juiz. (...) os critérios de julgamento devem fundar-se em premissas objetivamente verificáveis, e não em intuições subjetivas ou na crença de percepções extra-sensoriais. (...) um contraditório participativo, capaz de instaurar um fecundo e interativo diálogo humano sobre as questões de fato, é um eficaz instrumento de controle da razoabilidade das escolhas e inferências que o juiz necessitará fazer”. GRECO, Leonardo. A Prova no Processo Civil: do Código de 1.973 ao Novo Código Civil. op. cit. pp. 370-371.

²³⁴ Assim se observa que “*uno de los criterios que los filósofos de la ciencia exigen para que una hipótesis se considere fundamentada es que los datos a partir de los cuales se infiere dicha hipótesis sean fiables y precisos. Resulta obvia la importancia que tiene en las ciencias experimentales que los experimentos se hagan con rigor y sean descritos con precisión*”. LAGIER, Daniel González. Argumentación y Prueba Judicial. In Estudios Sobre la Prueba. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 114.

juiz. Tal função pode se dar de duas formas: *ex ante*, na medida em que o próprio juiz controle o seu raciocínio decisório sobre as provas desenvolvendo mediante preceitos racionais, e dando cada passo com base nesses critérios; *ex post* na medida em que a validade do raciocínio decisório do juiz possa ser verificada por outros sujeitos, mediante os mesmos mecanismos, através da motivação sobre os juízos de fato.²³⁵ Por esse aspecto, o princípio do contraditório desempenha um grande papel quando permite às partes intervir e se defender previamente sobre todos os aspectos relevantes para a decisão.²³⁶

Assim, podemos concluir que o livre convencimento motivado não é propriamente livre, senão em nada diferiria do sistema da íntima convicção, rechaçado historicamente por se caracterizar como instrumento de arbítrio judicial. Também, não sendo o fenômeno probatório algo exclusivo do mundo do direito, e sim comum a todas as ciências que de alguma forma se dedicam a reconstrução dos fatos, os marcos da correta valoração desta não devem estar submetidos somente ao sistema positivo vigente, e sim decorrer de critérios científicos, aceitáveis e controláveis coletivamente.

O livre convencimento motivado, ou persuasão racional, por representar a superação histórica da prova tarifada impede que as provas tenham valores pré-determinados, devendo ser avaliadas a sua importância e relevância demonstrativa no caso concreto.²³⁷

O juiz deve não somente pautar o seu raciocínio decisório em critérios racionais, mas deve demonstrar, através da devida e adequada fundamentação, como utilizou os mesmos no acerto dos juízos de fato, a fim de que seja realizado um controle efetivo e satisfatório.

Isso implica que ao utilizar uma máxima de experiência, por exemplo, o juiz indique que assim o fez, e demonstre sua adequação; faz com que ao se remeter ao sempre perigoso

²³⁵ TARUFFO, Michele. La Prueba de los Hechos. op. cit. p. 422.

²³⁶ Idem. p. 431.

²³⁷ “Então, o sistema de avaliação das provas que deve prevalecer nos dias atuais não é, nem o do arbítrio do juiz, nem o do arbítrio do soberano, mas o sistema de busca da verdade, que deve ser revelada por motivos lógicos e racionalmente aceitáveis por todos. No sistema da livre-convicção fundamentada, as provas não podem ter valores predeterminados, estabelecidos na lei; elas terão o valor que lhes der o entendimento e a inteligência do juiz, através do raciocínio logicamente fundamentado. Não há nenhum meio de prova mais valioso do que outro, pois todas as provas devem ser avaliadas em seu conjunto, e o juiz dará a cada uma o valor que merecer de acordo com o seu entendimento. Não há hierarquia entre as provas”. GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil, vol. II. op. cit. p. 135.

“senso comum”, o faça adequadamente; se considerar determinado fato como notório, e portanto independente de prova, o tenha expressamente.

São considerações mínimas que visam impedir que o livre convencimento motivado se transforme em algo meramente irracional e retórico, em nada diferente da íntima convicção, acentuando seu caráter democrático e garantístico.

O estabelecimento de racionalidade na valoração do procedimento probatório impõe a consideração acerca da imposição de critérios para que algo possa ser considerado como definitivamente provado. Tratando da prova da culpabilidade, observa BELTRÁN:

*Para considerar probada la hipótesis de la culpabilidad deben darse las siguientes condiciones: 1) La hipótesis debe tener un alto nivel de contrastación, explicar los datos disponibles y ser capaz de precedir nuevos datos que, a su vez, hayan sido corroborados; 2) Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles, explicativas de los mismos datos, que sean compatibles con la inocencia.*²³⁸

2.6. O Direito à Prova

Estabelecido anteriormente que toda pretensão decorre de um fato, e considerado que a correção no accertamento destes fatos é essencial para a prolação de uma decisão justa, devemos analisar o direito das partes propor e apresentarem as provas que julguem necessárias para o deslinde da controvérsia, sobre pena de ver negado o seu próprio direito de acesso à justiça.

Assim, diversos autores apresentam o direito à prova como decorrência expressa das garantias processuais constitucionalmente previstas, seja do próprio direito de ação²³⁹, do devido processo legal²⁴⁰, da ampla defesa²⁴¹, ou ainda do direito ao contraditório participativo²⁴².

²³⁸ BELTRÁN, Jordi Ferrer. Los estándares de prueba en el proceso penal español. Disponível em www.uv.es/CEFD/15/ferrer.pdf. Acesso em 08/01/2010.

²³⁹ “Il diritto alla prova quindi como componente essenziale del diritto di azione e di difesa. Su tale affermazione direi tutti convergono: posto che il diritto entra nel processo attraverso i fatti (costitutivi, modificativi, impeditivi, estintivi), scarso significato avrebbe l’attribuire alle parti il diritto di azione e di difesa se per si impedisse loro di

No quadro das garantias do devido processo legal, insere-se o direito à prova. Nos Estados Unidos da América o *right to evidence* é garantido pela cláusula do *due process of law*. A existência de um direito constitucional à prova é afirmada na jurisprudência da Corte Constitucional italiana e da Alemanha. (...)

Liga-se o direito à prova estritamente aos direitos de ação e de defesa. De nada adiantaria assegurar a autor e réu o direito de trazer a juízo suas postulações se não lhes fosse proporcionada oportunidade no desenvolvimento da causa para demonstrarem suas afirmações. Apresenta, em decorrência de tal liame, a mesma natureza dos direitos de ação e de defesa, ou seja, a de um direito subjetivo público ou cívico.²⁴³

Ainda que não se pudesse extrair das diversas garantias constitucionais citadas, certo é que o direito à prova é garantido pelo art. 8º, 2, f, da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, no qual se lê: “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada a sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: **direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos**”.

DINAMARCO define o direito à prova como sendo “o conjunto de oportunidades oferecidas à parte pela Constituição e pela lei, para que possa demonstrar no processo a veracidade do que afirmam em relação aos fatos relevantes para o julgamento”.²⁴⁴ Continua o autor, “pelo aspecto constitucional, direito à prova é a liberdade de acesso às fontes e meios segundo o disposto em lei e sem restrições que maculem ou descaracterizem o justo processo”.²⁴⁵

provare i fatti allegati”. PISANI, Andrea Proto. Chiose sul diritto alla prova nella giurisprudenza della Corte costituzionale. In Revista de Processo nº 176, ano 34. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 94. No mesmo sentido “*así como existe un derecho subjetivo de acción para iniciar el proceso y obtener en él una sentencia (...), puede afirmarse que existe un derecho subjetivo de probar, en el proceso, los hechos de los cuales se intenta deducir la pretensión formulada o la excepción propuesta*”. ECHANDÍA, Hernando Devis. Compendio de La Prueba Judicial, Tomo I. op. cit. p. 23.

²⁴⁰ “A partir da leitura sistemática e teleológica das máximas e valores constitucionais, encontramos a ela intrínseco o direito fundamental à prova, emanando, mais especificamente, como um desdobramento da garantia constitucional do devido processo legal ou um aspecto fundamental das garantias processuais da ação, da defesa e do contraditório”. DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil, vol. 2. op. cit. p. 219.

²⁴¹ Neste sentido “na Constituição, o direito à prova é inerência do conjunto de garantias do justo processo, que ela oferece ao enunciar os princípios do contraditório e ampla defesa, culminando por assegurar a própria observância destes quando garante a todos o *due process of law*”. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, vol. III, op. cit. p. 48.

²⁴² “O contraditório participativo, que é característico do Estado Democrático Contemporâneo, assegura ao acusado o direito de intervir em todos os atos probatórios para influir na produção das provas e assim influir eficazmente na decisão que vai apreciá-las”. GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo. op. cit. p. 278.

²⁴³ FERNANDES, Antonio Scarance. op. cit. pp. 71-72.

²⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, vol. III. op. cit. p. 47.

²⁴⁵ Idem. pp. 48-49.

Sendo “a finalidade do Direito Processual, em geral, e do Direito Processual Penal, em particular, reconhecer e estabelecer uma verdade jurídica”²⁴⁶ podemos afirmar que “a Constituição Federal, ao assegurar o direito de agir em juízo, o contraditório e a ampla defesa, consagra, também, o direito à prova”.²⁴⁷ Dessa forma, “a prova é um direito fundamental das partes, que devem ter ampla possibilidade de trazer aos autos a sua narrativa sobre os fatos e sua interpretação do Direito ao caso concreto”.²⁴⁸

O direito à prova não é somente decorrente de tais garantias, ele é parte integrante e conformadora destas. Assim, ao mesmo tempo que o contraditório participativo impõe que o direito à prova tenha determinado conteúdo substancial, este direito se integrando ao contraditório o define. Portanto, caso não respeitado o direito à prova, não se estará respeitando o próprio direito ao contraditório, ou o direito de acesso à justiça, ou a ampla defesa, etc.

Isto significa que eventualmente, negar à alguém o direito a determinado meio de prova, pode significar a negação do próprio acesso à justiça – numa perspectiva útil e efetiva deste acesso, não meramente formal.²⁴⁹

Já analisamos que o contraditório participativo, além do tradicional direito de informação e possibilidade de manifestação, se caracteriza também como direito de influência. Ao mesmo tempo, afirmamos que não é o juiz o destinatário único e exclusivo das provas apresentadas pelas partes.

Isto impõe uma série de consequências, por exemplo, na admissibilidade das provas. O juiz, ao analisar a solicitação de uma das partes para a utilização de determinado meio de prova não tem o direito de avaliar a pertinência de tal propositura através da perspectiva de seu próprio

²⁴⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, vol. 3, 26ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 213.

²⁴⁷ KNIJNIK, Danilo. A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário. op. cit. p. 07.

²⁴⁸ CAMBI, Eduardo. Neoprivatismo e neopublicismo a partir da Lei 11.690/2008. op. cit. p. 29.

²⁴⁹ “Uma das formas de negar-se acesso à jurisdição (...) ocorre quando se impede ao interessado de valer-se dos instrumentos de prova garantidos em geral a quem é parte em juízo. (...) Assim, a violação do direito à prova pode implicar, de um lado, a inutilidade da ação judiciária, caracterizando assim, violação oculta à garantia de acesso útil à Justiça”. KNIJNIK, Danilo. A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário. op. cit. p. 173.

convencimento, e sim da utilidade desta pela perspectiva da própria linha de argumentação traçada pela parte que a propôs.²⁵⁰ Neste sentido, observa TARUFFO:

*El derecho a presentar todas las pruebas relevantes es parte esencial de las garantías generales sobre la protección judicial de los derechos y del derecho de defensa, pues la oportunidad de probar los hechos que apoyan las pretensiones de las partes es condición necesaria de la efectividad de tales garantías. Un claro argumento que apoya este principio es que las garantías procesales de las partes serían meramente formales y vacías si se les impidiera presentar todos los medios de prueba relevantes que necesitan para acreditar sus versiones de los hechos en litigio. Por consiguiente, el derecho a presentar todos los medios de prueba relevantes que estén al alcance de las partes es un aspecto esencial del derecho al debido proceso y debe reconocerse que pertenece a las garantías fundamentales de las partes.*²⁵¹

A necessidade de que o juiz leve em consideração a prova proposta e produzida pelas partes também é decorrência do direito à prova, e do contraditório como influência.²⁵²

Salienta-se, assim, o direito à prova como aspecto de particular importância no quadro do contraditório, uma vez que a atividade probatória representa o momento central do processo: estritamente ligada à alegação e à indicação dos fatos, visa ela a possibilitar a demonstração da verdade, revestindo-se de particular relevância para o conteúdo do provimento jurisdicional. O concreto exercício da ação e da defesa fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do fato posto como fundamento das pretensões das partes, ou seja, de estas poderem servir-se das provas.²⁵³

Logo, apesar de ser um direito extensamente regulado pelas legislações processuais infraconstitucionais, não resta dúvida que o direito à prova é essencialmente um direito fundamental das partes, seja em decorrência do próprio direito de ação e de defesa, do devido processo legal, ou da garantia do contraditório – ou ainda de todas estas consideradas conjuntamente.

Tal direito se conforma em vários aspectos. Garante às partes o direito de apresentarem as provas que julgam necessárias para fazer prevalecer a sua pretensão, sem se submeter a

²⁵⁰ “O contraditório participativo, como o princípio que assegura aos interessados o direito de influir eficazmente nas decisões judiciais, e a ampla defesa, como o direito de apresentar todas as alegações, propor e produzir todas as provas que, a seu juízo, possam militar a favor do acolhimento da sua pretensão ou do não acolhimento da postulação do seu adversário, conferem às partes o direito de defender-se provando, ou seja, o direito de não apenas propor provas a serem discricionariamente admitidas ou não pelo juiz, mas de efetivamente produzir todas as provas que possam ser úteis à defesa dos seus interesses. (...) é necessário que a admissibilidade das provas seja apreciada pelo juiz não da sua própria perspectiva, mas da utilidade ou relevância da prova, analisada à luz da perspectiva probatória ou da linha de argumentação da parte que a propôs”. GRECO, Leonardo. A Prova no Processo Civil: do Código de 1.973 ao Novo Código Civil. op. cit. p. 364.

²⁵¹ TARUFFO, Michele. La Prueba. op. cit. p. 36.

²⁵² “Outra exigência relevante do direito à prova é a de que o juiz, ao sentenciar, leve em conta a prova produzida pelas partes. De nada adiantaria assegurar no processo penal ao promotor, ao querelante e ao réu a oportunidade de requererem a prova se, depois de efetivada, o juiz pudesse não considerá-la ao motivar a sentença, embora tenha importância para a solução do processo”. FERNANDES, Antonio Scarance. op. cit. p. 74.

²⁵³ GRINOVER, Ada Pellegrini. op. cit. pp. 113-114.

qualquer discricionariedade do juízo sobre o que seria útil para o seu convencimento. A garantia também exige que o juiz leve em consideração as provas produzidas pela parte, devendo valorá-las e incorporá-las ao seu raciocínio decisório, refutando-as expressamente se for o caso.

Representa também o direito das partes de se valerem dos meios de prova previstos em lei, e dos moralmente legítimos, caso não previstos. Assim, tem a parte o direito a prova científica – mesmo que não disponha dos recursos necessários para realizá-la – caso o deslinde da causa dependa de tais conhecimentos. Há, ainda, o direito de apresentar testemunhas e solicitar que estas sejam apresentadas em juízo, o direito de postular que o juízo requirite documentos e informações relevantes.

Em cada meio de prova o direito à prova se manifesta especificamente. Assim, da mesma forma que há o direito à produção da prova pericial, deve ser conferido à parte o direito de participar ativamente na produção desta – através dos seus assistentes técnicos – e o direito à contraprova. Do mesmo modo que se garante o direito à produção da prova testemunhal, se garante ao acusado o direito de confrontar o acusador e, portanto, inquirir tal testemunha.

Em suma, o direito à prova pode ser considerado amplamente como o direito de se defender provando, o direito de utilizar os meios probatórios previstos e moralmente legítimos para a defesa da sua pretensão, conformando a própria verdade como autêntica garantia.²⁵⁴

²⁵⁴ “As sentenças (...) exigem uma motivação que deve ser fundada de fato e de direito. As sentenças penais, então, por força das garantias da estrita legalidade e da estrita submissão à jurisdição, exigem uma motivação que deve ser, ademais, fundada sobre argumentos cognitivos de fato e re-cognitivos de direito. (...) O vínculo da verdade processual é também a principal fonte de legitimação externa, ético-política, ou substancial do Poder Judiciário, que, diversamente de qualquer outro poder público, não admite uma legitimação de tipo representativo ou consensual, mas apenas uma legitimação de tipo racional e legal, adequada ao caráter cognitivo dos fatos e recognitivo da sua qualificação jurídica”. FERRAJOLI, Luigi. op. cit. pp. 499-501.

3 Prova Pericial

3.1. Função e sentido da prova pericial

DINAMARCO define perícia como o “exame feito em pessoas ou coisas, por profissional portador de conhecimentos técnicos e com a finalidade de obter informações capazes de esclarecer dúvidas quanto a fatos”.²⁵⁵ Segundo SANTOS “a perícia consiste no meio pelo qual, no processo, pessoas entendidas verificam fatos interessantes à causa, transmitindo ao juiz o respectivo parecer”.²⁵⁶

GRECO, por sua vez, afirma que “a prova pericial pode ser definida como aquela em que, mediante a realização de exames, vistorias ou avaliações por pessoas portadoras de conhecimentos científicos, técnicos ou especializados, apuram-se ou interpretam-se fatos cujo esclarecimento dependa de tais conhecimento”.²⁵⁷

Nesse sentido, dispõe o artigo 145 do Código de Processo Civil que “quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz será assistido por perito”. Por sua vez, o artigo 420, *caput*, do mesmo diploma legislativo afirma que “a prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação”.

A existência da previsão da prova pericial parte da constatação de que, em muitos casos, o correto acerto dos fatos depende de uma apuração de um ou mais elementos que escapa ao conhecimento do homem médio – e, portanto, daquele conhecimento geral que se espera do juiz.²⁵⁸ Como tais fatos ou elementos não podem ser ignorados, e muitas vezes são imprescindíveis para o deslinde da pretensão colocada em juízo, é necessário que se recorra a

²⁵⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, vol. III. op. cit. p. 585.

²⁵⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit. p. 472.

²⁵⁷ GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil, vol. II. op. cit. p. 271.

²⁵⁸ “*Cuando la determinación de las causas y los efectos de un hecho requiere conocimientos especiales técnicos, científicos o artísticos, e igualmente cuando para verificar si el hecho ocurrió o no, su calificación, característica y valor económico, se requieren esos conocimientos especiales, se hace necesaria la peritación*”. ECHANDÍA, Hernando Devis. Compendio de La Prueba Judicial, Tomo II. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2007, p.107.

alguém que, dotado de tais conhecimentos, auxilie o juízo e as partes nessa apuração.²⁵⁹ No ordenamento pátrio, tais especialistas, os peritos²⁶⁰, são considerados auxiliares do juízo.²⁶¹

Como observado, “a prova pericial ou científica tem a finalidade de facilitar a apreciação, a compreensão e a valoração de questões de fato controvertidas no processo, que exigem conhecimentos técnicos, excedentes daqueles os quais o juiz ou qualquer pessoa de cultura média normalmente possuiria”.²⁶² Um aspecto interessante é que, mesmo se o juiz do caso concreto detiver os conhecimentos técnicos necessários para a obtenção ou realização do meio de prova em questão, ainda assim, deve ele recorrer ao *expert*.²⁶³

Isto põe em xeque a tradicional e já refutada concepção de que seria o juiz o destinatário das provas. Caso se permitisse tal grau de utilização dos conhecimentos privados do juiz, se tornaria extremamente mais difícil o controle da decisão. Isto não significa, e nem poderia, que caso o juiz – em decorrência de seus conhecimentos específicos ou não – verifique a ausência de correção do laudo pericial, deva aceitá-lo em decorrência da autoridade do perito.

A questão apresentada é central na moderna preocupação com a prova pericial, em crescente utilização. A nomeação de perito não significa, ao menos não pode significar, delegação de jurisdição acerca da matéria técnica submetida a perícia.

Pertinente a citação da definição de peritos de CHIOVENDA:

²⁵⁹ “A perícia subministra fundamentos para um conhecimento comum às partes e ao juiz, sobre questões que estão fora da órbita do saber ordinário”. LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional, vol. I. op. cit. p. 563.

²⁶⁰ “É o perito uma pessoa que, pelas qualidades especiais que possui, geralmente de natureza científica ou artística, supre as insuficiências do juiz no que tange à verificação ou apreciação daqueles fatos da causa que para tal exijam conhecimentos especiais ou técnicos”. SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit. p. 472.

²⁶¹ Diferente, por exemplo, do Direito Norte-Americano, em que os peritos se enquadram como *expert witness*. “*In certain kinds of factual issues, the tribunal may have the assistance of expert witness. The function of an expert witness is to interpret evidence whose significance is not fully apparent to a person without specialized knowledge*”. HAZARD JR., Geoffrey C. op. cit. p. 79.

²⁶² CAMBI, Eduardo. A Prova Civil: admissibilidade e relevância. op. cit. pp. 232-233.

²⁶³ “A prova pericial é admissível quando se necessite demonstrar no processo algum fato que dependa de conhecimento especial que não seja próprio ao ‘juiz médio’, ou melhor, que esteja além dos conhecimentos que podem ser exigidos do homem e do juiz de cultura média. Não importa que o magistrado que está tratando da causa, em virtude de capacitação técnica individual e específica (...) tenha conhecimento para analisar a situação controvertida”. MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil, vol. 2. op. cit. 374. No mesmo sentido “a perícia é feita para o processo, e não para o juiz. Mesmo que este possua conhecimentos técnicos, tem o magistrado o dever de nomear perito toda vez que tais conhecimentos escapem à cultura média dos juizes. A possibilidade de o magistrado se valer do seu próprio conhecimento técnico, não nomeando peritos, representaria violação à garantia constitucional do contraditório gerando a nulidade absoluta da decisão. Os conhecimentos técnicos dos peritos são dados relevantes para o julgamento da causa e, por isso, devem estar documentados nos autos, permitindo o seu controle pelas partes (e seus respectivos assistentes técnicos), além de servirem para o exame da correta ou incorreta valoração da prova pelos demais órgãos julgadores, na eventualidade de haver a interposição de recursos”. CAMBI, Eduardo. A Prova Civil: admissibilidade e relevância. op. cit. p. 235.

Peritos são pessoas chamadas a expor ao juiz não só as observações de seus sentidos e suas impressões pessoais sobre os fatos observados, senão também as **induições que se devam tirar objetivamente dos fatos observados ou que se lhes dêem por existentes**. Isto faz supor que ele são dotados de certos conhecimentos teóricos ou aptidões em domínios especiais, tais que não devam estar ao alcance, ou no mesmo grau, de qualquer pessoa culta.²⁶⁴

Salta aos olhos na definição de Chiovenda a afirmação de que os peritos devem expor as induções que se devam tirar objetivamente dos fatos. Assim, inegável que o perito exprime um juízo de valor. Tal juízo deve ser correta e científica (ou tecnicamente) comprovado. Da mesma maneira que as decisões do juízo não se sustentam com base na autoridade do juiz, as conclusões do perito não se sustentam em decorrência do currículo do *expert*, e sim devido à correta utilização e demonstração dos instrumentos pertinentes à hipótese.

Constata-se facilmente que em uma série de momentos o juiz – seja penal ou civil – não terá o conhecimento científico ou técnico necessário para a prolação de uma decisão que pressuponha a formação de convicção acerca da existência ou não de um fato, ou da inferência das consequências deste fato provado, quando uma destas operações depender de conhecimento especializado. Assim se, a grosso modo, a função da prova é o esclarecimento de ponto controvertido, a função da prova pericial é o esclarecimento de ponto controvertido o qual dependa de conhecimento técnico.

A relevância da prova pericial tem se agigantado no processo. O extraordinário avanço do conhecimento técnico-científico nas últimas décadas não poderia deixar de ter reflexos no processo. Aumenta o conhecimento humano, diminuindo as meras impressões, impondo maior grau de cientificidade à valoração dos juízos de fato.

Certo é que essa evolução torna ainda mais complexas as relações interpessoais na sociedade contemporânea. Estas novas relações geram conflitos, que inevitavelmente desaguam no Poder Judiciário. Estes conflitos exigem uma nova postura do juízo na apuração de tal conhecimento.²⁶⁵

²⁶⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, vol. III, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 121. Grifamos.

²⁶⁵ Exemplo claro disso é a eficácia probatória dos chamados “documentos eletrônicos”.

Corriqueiramente observa-se na doutrina a afirmação da crescente importância da prova pericial.²⁶⁶ Se a “prova pericial atua no campo dos fatos a cujo conhecimento só se pode chegar com segurança mediante ilações fundadas em premissas técnico-científicas”²⁶⁷ e, se a crescente evolução do conhecimento científico cada vez mais tem retirado do domínio do saber comum uma série de questões, a prova pericial avulta cada vez mais imprescindível.²⁶⁸ Neste sentido, observa-se que:

A prova pericial constitui, na atualidade do processo criminal, um dos meios mais eficazes para esclarecimento dos fatos. O desenvolvimento das ciências em geral possibilitou maior utilização da prova técnica, tanto na demonstração da materialidade da infração penal, por meio do exame de corpo de delito, como na comprovação de outros dados relevantes à apuração da verdade. Exige-se, em consequência, cada vez mais, que seja aproveitado o avanço científico e tecnológico para o aperfeiçoamento da investigação.²⁶⁹

Ainda, afirma TARUFFO:

*Cada vez con más frecuencia las materias de litigio civil involucran hechos que van más allá de las fronteras de una cultura común o promedio, que es el tipo de cultura no jurídica típica de un juez o de un jurado. Cuando la cultura del juzgador no es adecuada para ocuparse de los rasgos técnicos o científicos específicos de los hechos litigiosos es necesario complementarla. Por ello, todos los sistemas procesales tienen que utilizar algunas formas de prueba pericial. Esto significa que hay que recurrir a peritos expertos en diversos ámbitos para ofrecer al juzgador toda la información técnica y científica necesaria para decidir el caso.*²⁷⁰

Deve ser compreendido que se o desvelo do fato necessita de conhecimentos técnicos ou científicos especializados, a parte tem o direito de que realize-se a prova pericial, enquadrando-se este meio de prova na perspectiva do direito à prova anteriormente trabalhado.²⁷¹

²⁶⁶ “El juez es un técnico en derecho, pero carece generalmente de conocimiento sobre otras ciencias y sobre cuestiones de arte, de técnica, de mecánica, de numerosas actividades prácticas que requieren estudios especializados o larga experiencia. En presencia de una cuestión de éstas, el juez se ve en la necesidad de recurrir al auxilio de expertos, para que lo ilustren adecuadamente, en su condición de peritos. (...) La importancia de esta prueba es cada día mayor en los procesos penales, civiles o de otra jurisdicción”. ECHANDÍA, Hernando Devis. Compendio de La Prueba Judicial, Tomo II. op. cit. p. 104.

²⁶⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, vol. III. op. cit. pp. 587-588.

²⁶⁸ “O avanço das ciências naturais, como é intuitivo, vai continuamente fornecendo novos e poderosos focos de luz e abrindo perspectivas de informação mais segura em questões que antes desafiavam, como enigmas de esfinge, a argúcia do julgador”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Alguns Problemas Atuais da Prova Civil. op. cit. p. 150.

²⁶⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. op. cit. p. 138.

²⁷⁰ TARUFFO, Michele. La Prueba. op. cit. p. 90.

²⁷¹ “Também em relação à prova pericial em geral e no tocante ao exame de corpo de delito impõe-se a observância das exigências decorrentes do direito à prova e que se manifestam por meio dos seguintes direitos: a) direito de requerer a produção da prova pericial; b) direito de apresentar quesitos para a realização da prova; c) direito a acompanhar a colheita de elementos pelos peritos para a elaboração do laudo, se, pela natureza da perícia, isso for possível; d) direito a se manifestar a respeito da prova produzida, podendo requerer nova perícia, sua complementação ou esclarecimento dos peritos; e) direito a que o juiz

3.2. Prova científica e prova estatística

Como já observado, a prova pericial consiste em “exame, vistoria ou avaliação”. O exame de corpo de delito, extensamente regulado no artigo 158 e seguintes do Código de Processo Penal se enquadra claramente nessa primeira categoria de “exame”.

Uma primeira observação é que nem toda prova pericial é uma prova científica. Muitas delas se remetem a conhecimentos técnicos, eventualmente extremamente especializados, mas que não podem ser caracterizados como ramos da ciência. Claro exemplo disto é a avaliação de bens. Para se avaliar um bem – imóvel, por exemplo – faz-se necessário o domínio de conhecimentos técnicos, de métodos definidos; contudo, isto não caracteriza a avaliação como conhecimento científico.

Exames que envolvam, por exemplo, especialidades da medicina claramente configuram-se como conhecimento científico. E no que toca a tal conhecimento, a ideia da ciência como fonte de prova tem mudado. TARUFFO observa que tradicionalmente o uso probatório da ciência se restringia as provas periciais no campo da medicina, química, engenharia e, por vezes a física e a matemática.

Tal quadro se modificou com a crescente especialização das “ciências exatas”, estando as ciências “duras” cada vez mais particularizadas. Além disso, passou a haver também a compreensão de que as chamadas “ciências sociais”, como a sociologia e a psicologia, também podem ser fontes de prova no processo, ampliando o espectro das provas científicas.²⁷²

A ampliação de tal rol, como visto, diminui o espaço decisório do conhecimento comum do juiz, impondo, ao mesmo tempo, maior rigor no controle da fiabilidade de tal conhecimento científico.

²⁷² TARUFFO, Michele. *La Prueba*. op. cit. pp. 97-98.

É até intuitivo que quanto maior a especialização do convencimento, mais difícil será a correção do seu controle pelo juiz. No exemplo da avaliação do bem imóvel, decorrente de conhecimento técnico, se consegue vislumbrar a possibilidade de controle de tal laudo. Se as partes, ou os advogados, ou o próprio juiz, por exemplo, residirem na cidade de localização do bem, terão condições de verificar a adequada utilização dos parâmetros invocados pelo *expert*. Em uma especialidade da bioquímica, tal tarefa seria, sobremaneira, mais dificultada.

Isto impõe a adoção de uma série de controles deste conhecimento científico – eventualmente pretensamente científico – levado a juízo, sob pena de, afastando a irracionalidade do juiz, optar-se pela absoluta discricionariedade do perito, o que também é absolutamente inaceitável.²⁷³ Ou seja, quando a prova judiciária precisar recorrer ao conhecimento de ciências diversas do direito, deve esta procurar adotar os critérios estabelecidos por tais ciências.²⁷⁴

Questão que merece ser observada é a utilização das chamadas provas estatísticas. Estas são “métodos empíricos de observação de fatos que em grau elevado têm revelado coincidências, permitindo extrair da existência de uns a provável existência de outros”.²⁷⁵ Afirma-se que tais provas podem desempenhar um papel extremamente importante quando se dão as condições para o correto emprego de dados estatísticos no fenômeno probatório. Essas condições ocorreriam quando os dados estatísticos estivessem apoiados em fundamentos científicos.²⁷⁶

Aspecto a ser considerado é a relevância do dado em relação ao fato que se pretende determinar. Este fator não constituiria problema quando “*el próprio resultado de la prueba está formulado en términos de probabilidad estadística, como sucede en las pruebas hematológicas o biológicas, o em el caso de los diagnósticos médicos*”.²⁷⁷

²⁷³ “O temor dos advogados em relação à ditadura do perito se concretizou. No momento em que o juiz escolhe o perito, a confiança que nele deposita pode implicar com frequência em verdadeira delegação da jurisdição sobre a matéria técnico-científica. Pouca ou nenhuma influência têm os pareceres críticos dos assistentes-técnicos das partes, agora oficialmente parciais, tendenciosos e apresentados somente depois que o perito do juízo já apresentou as suas conclusões. O próprio juiz se torna presa das conclusões da perícia, pela impossibilidade de controle de sua credibilidade”. GRECO, Leonardo. O Conceito de Prova. op. cit. p. 388.

²⁷⁴ Este entendimento já se tornou dominante nos sistemas da *common law*, e é crescente na Europa Continental. Idem. p. 372.

²⁷⁵ Ibidem. p. 389.

²⁷⁶ TARUFFO, Michele. La Prueba de los Hechos. op. cit. p. 220.

²⁷⁷ Idem. p. 221.

Outras vezes, não discutir-se-á a correção do dado estatístico, mas sim a sua relevância em relação ao fato que se pretenda determinar. Assim, a prova estatística pode apontar o que tradicionalmente acontece, ou o que acontece com maior probabilidade, mas não conseguirá provar o que efetivamente aconteceu em um caso específico.²⁷⁸

Não obstante, isto não retira a validade de tal meio de prova. Se esta prova é utilizada adequadamente em uma série de ciências como relevante e determinante para a apreciação de determinado fato, na perspectiva de que o direito probatório deva utilizar-se das mesmas técnicas adotadas em outros ramos do conhecimento, esta prova é útil e adequada quando seguir os mesmos critérios.

O tradicional esquema de teste de uma nova droga ou medicamento, por exemplo, se apóia claramente em uma prova estatística, através da utilização de dois grupos, um controle, no qual veicula-se o placebo e o grupo que de fato testa o medicamento. Obviamente há uma série de considerações anteriores à realização de determinado teste.

A utilização desta espécie de prova estatística é considerada normalmente válida e aceitável pela comunidade científica para o fim que esta persegue – desde que respeitadas uma série de condições. E o sendo pela comunidade científica, ou seja, sendo aceita de acordo com o conhecimento de determinada época, também deve ser aceita pelo direito.

Porém, o que deve ser ressaltado é que “como juízos de probabilidade, e não de certeza, por mais reduzida que seja a sua margem de erro, não podem jamais ser tidos como prova plena”.²⁷⁹ Assim, tais provas podem ser utilizadas, e serem úteis, desde que isto se dê de forma adequada, o que passa essencialmente pelo controle da metodologia utilizada.

²⁷⁸ “Desde luego, esto no significa que las estadísticas no puedan o no deban ser usadas como pruebas; lo que significa es que, em general, no son suficientes per se para establecer la probabilidad de la ocurrencia de um hecho específico. Em cambio, si el hecho que tiene que ser probado es simplemente la frecuencia relativa de los clases de sucesos, las estadísticas pueden ser médios de prueba adecuados para esse hecho. Si, no obstante, el objetivo es demostrar una conexión causal específica entre dos sucesos, las cosas se complican mucho más”. TARUFFO, Michele. La Prueba. op. cit. p. 101.

²⁷⁹ GRECO, Leonardo. O Conceito de Prova. op. cit. p. 390.

3.3. A não vinculação do juiz a perícia

O artigo 436 do Código de Processo Civil dispõe que “o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos”. No mesmo sentido o artigo 182 do Código de Processo Penal: “o juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo no todo ou em parte”.

Este é um princípio de avaliação das provas comum às famílias da *common law* e da *civil law*; o resultado de tais provas não vincula o julgador, deixando sua valoração à discricionariedade do juízo.²⁸⁰

Tal afirmação se mostra absolutamente corriqueira na doutrina²⁸¹. Observa MARQUES que:

O magistrado criminal (da mesma forma que o juiz do cível) não está vinculado às conclusões dos laudos periciais. A fortiori, preso não se encontra ele às deduções científicas dos peritos extrajudiciais. Mas, por isso mesmo, faculdade lhe é dada de confrontar as conclusões técnicas dos peritos judiciais com as do laudo extrajudicial, e até mesmo optar pela orientação deste, no tocante à interpretação científica dos dados e indícios que servem de base a perícia.²⁸²

No mesmo sentido, é verificado que “o juízo feito pelo perito acerca do material examinado não vincula o julgador, que continua livre para avaliar a perícia dentro do complexo contexto probatório formado por diferentes elementos de convicção”.²⁸³ MARINONI ressalta que:

Não fica o juiz adstrito às conclusões do perito. Tendo aplicação o princípio da livre valoração das provas, pode o juiz, para julgar o mérito, fundar-se em prova que aponta em sentido contrário à prova pericial, desde que fundamente

²⁸⁰ TARUFFO, Michele. La Prueba. op. cit. p. 96.

²⁸¹ “O Juiz fica vinculado a perícia? (...) De acordo com o princípio liberatório, inteira liberdade assiste ao Juiz de aceitar ou rejeitar o laudo pericial, no todo ou em parte. No nosso Direito, como se percebe pela leitura do art. 182 do CPP, vigora o princípio liberatório. E não podia ser de outra forma, à vista do sistema do livre convencimento, que vigora entre nós”. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, vol. 3. op. cit. pp. 255-256. Ainda, “não obstante a grande significação da perícia como meio de apuração de fatos cujo conhecimento depende do saber e da experiência de técnicos, às suas conclusões não se vincula o juiz, que poderá até mesmo desprezá-las. Como as demais provas, a pericial, no sistema probatório pátrio, também se sujeita à livre apreciação do juiz”. SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit. pp. 483-484.

²⁸² MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal, vol. II. op. cit. p. 332.

²⁸³ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional, vol. I. op. cit. p. 564.

o seu julgado, demonstrando as razões que o levaram a desconsiderar o resultado da prova pericial.²⁸⁴

Pois bem, afirma-se corriqueiramente, em virtude de expressa disposição legal e sob o beneplácito da doutrina²⁸⁵ que o juiz não está vinculado ao laudo pericial, em virtude do sistema da livre apreciação vigente, e da parêmia de ser este o *peritus peritorum*.

Ocorre que a questão não pode ser tratada de forma tão simples. Não pode-se afirmar simplesmente que a função da prova pericial é ministrar fundamentos técnico-científicos para que possa esclarecer determinado fato da causa e que, apesar disso, o juiz pode valorar tal prova livremente, considerando-a ou não. Observa ALVARO que:

Aspecto interessante e atual da apreciação da prova diz respeito à crescente interferência da ciência na investigação dos fatos, a colocar com frequência o juiz diante de complexas informações técnicas e científicas, capazes de serem apreendidas em toda sua extensão com facilidade apenas por pessoas dotadas de altos conhecimentos especializados ou de raras habilidades. (...) Não há dúvida, nessa perspectiva, de que a confiança, até certo ponto indispensável, na informação científica impenetrável ou de difícil acesso, aumenta a tensão entre a liberdade para apreciar a prova e o processo cognitivo formal, pondo em xeque o próprio princípio da livre apreciação da prova. (...) Semelhante dificuldade coloca no tablado das discussões o temor de que o órgão judicial esteja, em alguma medida, transferindo o seu poder de julgar a estranhos sem legitimação política. Exemplo paradigmático desse estorvo é a função exercida pelo perito, em que esse perigo passa a se potencializar de maneira singular.²⁸⁶

Assim, é inegável que a prova pericial – especialmente aquela que refere a conhecimento científico – exerce uma influência significativa na formação da decisão judicial.²⁸⁷

A invocação genérica da possibilidade do juízo desconsiderá-la simplesmente é excessivamente

²⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil, vol. 2. op. cit. p. 379.

²⁸⁵ Podemos citar ainda “o laudo pericial não vincula o juiz, que pode completar as lacunas e até mesmo rejeitar os elementos constantes da perícia, com base no seu próprio convencimento, resultante das observações críticas formuladas pelos assistentes técnicos das partes e dos seus advogados e das demais provas constantes dos autos”. CAMBI, Eduardo. A Prova Civil: admissibilidade e relevância. op. cit. p. 233. “*es absurdo ordenarle al juez que acepte ciegame las conclusiones de los peritos, sea que lo convenzan o que le parezcan absurdas o dudosas, porque se desvirtúan las funciones de aquél y se constituiría a éstos en jueces de la causa. Si la función del perito se limita a ilustrar el criterio del juez y a llevarle el conocimiento sobre hechos, como actividad probatoria, debe ser éste quien decida si acoge o no sus conclusiones. Naturalmente, el rechazo por el juez del dictamen de los peritos debe basarse en razones serias, en un análisis crítico tanto de los fundamentos como de las conclusiones que lo llevan al convencimiento de que carece de los requisitos examinados en los números anteriores*”. ECHANDÍA, Hernando Devis. Compendio de La Prueba Judicial, Tomo II. op. cit. pp. 112-113.

²⁸⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Livre Apreciação da Prova: Perspectivas Atuais. Disponível em www.abdpc.org.br. Acesso em 01/12/2009.

²⁸⁷ “A valoração pericial, positiva ou negativa, de elementos de prova relativos à materialidade, à autoria ou a determinadas circunstâncias do fato criminoso constitui forte fator de convencimento do julgador. Este, apesar de não estar vinculado às conclusões da perícia (art. 182 do CPP), toma normalmente a prova técnico-científica como base de sua fundamentação, por não ser dotado de conhecimentos técnicos especializados. A importância da prova pericial cada vez mais crescente impõe que seja a sua realização cercada de cautelas, quer no que se refere à função do perito, quer no que tange à forma de efetivação do exame”. GRINOVER, Ada Pellegrini. op. cit. p. 138.

mistificadora, e não apreende a realidade do fenômeno.²⁸⁸ Afinal, “a grande força persuasiva de que desfruta a prova pericial entre nós é oriunda do seu presumível caráter científico, técnico ou especializado, valores muito difundidos na sociedade ocidental, fortemente influenciada pelos ideias iluministas”.²⁸⁹

Destarte, a discussão passa necessariamente pela consideração se, pelas suas particularidades intrínsecas, a prova pericial, especialmente a prova científica tem um rol específico de utilização no processo.

Considerando-se que as provas científicas – assim como as provas em geral – são meros instrumentos rituais ou persuasivos, eventual “delegação de jurisdição” no tocante à tal prova é absolutamente incontrolável. E na realidade, além de incontrolável é absolutamente natural, já que opera somente no plano mental do fenômeno. Esta concepção afirmaria, portanto, que a prova científica é um instrumento sem nenhuma especificidade em relação aos demais meios de prova, a não ser uma pretensa maior capacidade persuasiva.

Em qualquer dos casos, tanto a eventual aceitação acrítica, quanto a mera rejeição das conclusões do perito, seriam fenômenos absolutamente pessoais e irrefreáveis.

Na concepção oposta, ou seja, ao conceber “*la prueba como un instrumento epistémico dirigido a proporcionar al juez informaciones controladas y fiables en torno a circunstancias que sea útiles para una determinación posiblemente verdadera de los hechos*”²⁹⁰ as opções são diferentes. Em tal perspectiva, a prova científica ocupa uma função específica no processo, e a sua admissibilidade e valoração deve ocorrer no contexto de uma experiência racional.

Este contexto prescinde de um alto grau de controlabilidade do discurso científico aportado ao processo, e transforma a aceitação ou rejeição do laudo não em uma experiência

²⁸⁸ “Com a evolução das provas científicas, o art. 436 do CPC, pelo qual o magistrado não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos, merece uma interpretação que, ao mesmo tempo, preserve a autoridade do juiz e contemple o conhecimento técnico necessário para que a decisão judicial se legitime socialmente”. CAMBI, Eduardo. A Prova Civil: admissibilidade e relevância. op. cit. p. 234.

²⁸⁹ GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil, vol. II. op. cit. p. 286.

²⁹⁰ TARUFFO, Michele. La Prueba Científica en el Proceso Civil. op. cit. p. 137.

acrítica ou íntima, mas sim numa valoração racional, pelo juízo, da correção do conhecimento aportado.²⁹¹

Isto faz com que a consideração do conhecimento científico se dê em razão de fórmulas capazes de atestar a sua veracidade, através da controlabilidade da utilização de seus métodos, e da verificação de sua pertinência específica para a resolução da questão controvertida.

É possível afirmar que, ao menos no processo civil, o juiz faz um controle *a priori* da qualidade da prova científica, quando indica o perito, defere ou indefere os quesitos das partes, e formula os seus próprios. Tal controle é insuficiente, já que nada diz respeito acerca da correção das informações trazidas como científicas ao processo.

Por conseguinte, mais importante do que a reiteração do comando legal que dispõe a não vinculação do juiz ao laudo pericial, é possibilitar a construção de critérios racionais adequados para a apuração de tal conhecimento no processo, seja para aceitá-lo, seja para rejeitá-lo.

3.3.1. A questão do DNA

O exame de DNA talvez seja o mais relevante exemplo de utilização de conhecimento científico no processo. Isso por duas séries de razões: é a prova científica utilizada de forma mais abundante; o seu grau de confiabilidade (desde que empregado corretamente) é extremamente alto – ao menos no nível de conhecimento que dispomos hoje.

Sob esse aspecto, primeiramente deve-se observar que a prova de DNA se enquadra naquela categoria abordada anteriormente das “provas estatísticas”.²⁹² Não na espécie daquelas

²⁹¹ “*Quien considere que ma comprobación de los hechos debe producirse en un contexto de racionalidad intersubjetiva y, por tanto, debe basarse en un conjunto de inferencias lógicamente controladas, fundadas en premisas cognoscitivas seguras y bien determinadas por lo que respecta a su valor informativo, será proclive a pensar que la verdad judicial de los hechos es el resultado final de complejas operaciones racionales, tanto más fiables cuanto más fundadas estén en conocimiento ciertos. Desde esta perspectiva, la ciencia no sólo es útil en el plano probatorio, sino que tiende incluso a ser considerada como un modelo óptimo de conocimiento al que también la comprobación procesal de los hechos debería aproximarse*”. Idem. pp. 138-139.

que avaliam uma série de fatos, e da inferência do que normalmente ocorre entre estes. É uma prova estatística no sentido de que, ao se analisar dois distintos códigos genéticos, se aponta uma probabilidade estatística de grau de parentesco entre estes indivíduos; ou avalia se o sangue encontrado em tal lugar pertence a determinada pessoa. O que particulariza o citado exame é que o seu grau de confiabilidade é extremamente elevado, um grau de acerto acima dos 99%.

Em uma perspectiva racional do controle e valoração da prova, esse dado – a extrema confiabilidade de tal exame – não pode ser ignorado. Esta questão foi enfrentada no Recurso Especial nº 397.013-MG, que teve como Relatora a Eminente Ministra Nancy Andrighi, em julgamento que produziu a seguinte ementa:

Direito civil. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade. Exame pericial (teste de DNA) em confronto com as demais provas produzidas. Conversão do julgamento em diligência. - *Diante do grau de precisão alcançado pelos métodos científicos de investigação de paternidade com fulcro na análise do DNA, o valoração da prova pericial com os demais meios de prova admitidos em direito deve observar os seguintes critérios: (a) se o exame de DNA contradiz as demais provas produzidas, não se deve afastar a conclusão do laudo, mas converter o julgamento em diligência, a fim de que novo teste de DNA seja produzido, em laboratório diverso, com o fito de assim minimizar a possibilidade de erro resultante seja da técnica em si, seja da falibilidade humana na coleta e manuseio do material necessário ao exame; (b) se o segundo teste de DNA corroborar a conclusão do primeiro, devem ser afastadas as demais provas produzidas, a fim de se acolher a direção indicada nos laudos periciais; e (c) se o segundo teste de DNA contradiz o primeiro laudo, deve o pedido ser apreciado em atenção às demais provas produzidas.*²⁹³

Sucintamente, tratava-se de uma ação de investigação de paternidade cumulada com pedido de prestação de alimentos, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face de S.M.C., se alegando que este era pai do menor menor S.C.S., concebido em decorrência de relacionamento com K.C.S.

²⁹² “Grande parte dos estudos e análises científicas utilizados nos processos judiciais são o que se poderia chamar de *provas estatísticas*, ou seja, métodos empíricos de observação de fatos que em grau elevado têm revelado coincidências, permitindo extrair da existência de uns a provável existência de outros. Perícias contábeis, testes de DNA, laudos sobre danos ambientais ou sobre a nocividade de produtos entregues ao consumo, por exemplo, nada mais são do que provas estatísticas, cuja confiabilidade sempre apresenta alguma margem de erro e depende essencialmente da aplicação rigorosa das regras de segurança do método científico de realização desses estudos. Como juízos de probabilidade, e não de certeza, por mais reduzida que seja a sua margem de erro, não podem jamais ser tidos como *prova plena*. Além da necessária verificação pelo juiz dos seus pressupostos metodológicos, que é totalmente omitida entre nós, deve o juiz sempre admitir a produção da contra-prova, que nunca pode ser considerada inútil”. GRECO, Leonardo. O Conceito de Prova. op. cit. pp. 389-390.

²⁹³ Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=102459&sReg=200101874989&sData=20031209&sTipo=5&formato=PDF. Acesso em 07.03.2010.

O demandado negou a paternidade do menor e, tendo o Juízo de Primeiro grau determinado a realização do exame de DNA, este foi conclusivo pela negação de paternidade, gerando a improcedência do pedido em primeira instância.

Em decorrência de apelação, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, conferiu provimento ao apelo para declarar a paternidade e fixar a pensão alimentícia em 1 (um) salário mínimo, sob os seguintes fundamentos: (a) houve suficiente prova da existência de relações sexuais entre K. e o demandado; (b) a concepção ocorreu justamente na época de tais relações; (c) K. possui vida recatada, honesta e de comprovada fidelidade ao demandado; (d) o exame pericial, a despeito de negativo, não constitui tipo de prova absoluta, porquanto possui margem de erro, a qual nunca pode ser desprezada.

O apelado intepôs o Recurso Especial citado, alegando que o acórdão recorrido, ao afastar a prova pericial produzida, violou, por incorreta valoração da prova, os artigos 131 e 145 do Código de Processo Civil, porquanto o grau de precisão do teste de DNA não poderia ser afastado por prova oral em sentido contrário.

Em seu voto, observou a Relatora:

A questão posta a desate consiste em saber se a prova pericial em ação de investigação de paternidade (teste de DNA) pode ser afastada diante de outras evidências probatórias. A jurisprudência do STJ, em respeito ao alto grau de precisão alcançável pelo teste de DNA (superior a 99%), confere a essa prova evidente primazia sobre as demais, não podendo o laudo ser afastado pelos demais meios de prova. (...)

O critério distintivo, ora proposto, não privilegia a tese de que o exame de DNA constitui prova absoluta; ao contrário, diante da divergência entre a prova pericial e a prova testemunhal acolhida, deve-se proceder, como regra, à realização de novo teste de DNA, com o qual poder-se-á valorar, em respeito aos arts. 131 e 145 do CPC, as provas produzidas, a fim de que: (a) se o segundo teste de DNA confirmar a conclusão do primeiro teste, as demais provas devem ser desconsideradas; e (b) se o segundo teste de DNA contraditar o primeiro, deve o pedido ser apreciado em atenção às demais provas produzidas.²⁹⁴

Trata-se de uma tendência jurisprudencial absolutamente correta e inevitável. Foi considerado, portanto, que o exame de DNA não se traduz em prova absoluta, até mesmo pela margem de erro presente, ainda que mínima. Assim, se outros meios de prova apresentam divergência com o exame de DNA produzido, deve ser realizado outro exame, com o fim de

²⁹⁴ Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=984847&sReg=200101874989&sData=20031209&sTipo=51&formato=PDF. Acesso em 07.03.2010.

dirimir tal dúvida, mas não deve se afastar o resultado do teste em decorrência de tais provas divergentes.

Todavia, a conclusão acima não parece suficiente. A realização de um segundo teste deve se dar não somente em caso da existência de provas contrárias ao exame, mas deve ser conferido ao indivíduo o direito a realização da contraprova, na perspectiva do direito à prova constitucionalmente assegurado.

É necessário observar, também, que a correção na realização de tal exame – ou de toda prova pericial – é imprescindível. Isso fortalece a perspectiva da possibilidade de realização da contraprova. Se o grau de falibilidade do exame de DNA é mínimo, com certeza não é tão mínima a falibilidade do ser humano que estará realizando tal teste. Isso implica em um controle da metodologia, contudo isto é distante da realidade cotidiana dos tribunais brasileiros, mas é imprescindível para que instrumentos vocacionados à descoberta da verdade não se transformem em verdadeiros impeditivos a esta.

Deve observar-se que a incorreta utilização das provas científicas, ou seja, a utilização de métodos não adequados, compromete a sua credibilidade, e pode acarretar que estas sejam desacreditadas como meio de prova.

Porém, em uma perspectiva racional da valoração da prova, e verificada a correção da utilização dos métodos adequados, é inegável que não se pode pretender refutar uma prova que apresenta um grau de acerto tão elevado como o exame de DNA, em decorrência de uma prova de elevado grau de subjetividade como, por exemplo, a testemunhal.

Isso significa que, apesar de livre a valoração, alguns meios de prova, em decorrência de suas próprias características intrínsecas, podem deter primazia sobre outros, no caso concreto.

Si se presentan tales condiciones de validez no existen razones para dudar del altísimo – y casi incontestable – grado de credibilidad de la prueba de ADN. (...) esta prueba se presenta como capaz de atribuir un altísimo grado de probabilidad al hecho y, por tanto, como capaz de determinar unívocamente la decisión del juez. Resulta, pues, poco comprensible la tendencia que parece consolidada en la jurisprudencia según la cual el juez debería valorar el resultado de la prueba de ADN junto con el resto de pruebas disponibles. Es cierto que el juez está obligado a valorar todas las pruebas, pero parece difícil imaginar que el valor probatorio del

*test genético pueda ser superado por pruebas ordinales tales como declaraciones testificales, presunciones o documentos.*²⁹⁵

Assim, o melhor exemplo de prova científica – pelo seu elevado grau de utilização e pela sua extrema confiabilidade – põe em xeque a tradicional afirmação da liberdade da valoração das provas e da não vinculação do juiz a perícia. Estas afirmações continuam válidas, mas somente dentro de parâmetros racionais e controláveis, o que não ocorreria caso simplesmente se rejeitasse o resultado do citado exame com base em outro meio de prova produzido.

A primazia eventualmente conferida a este meio de prova significa, em contrapartida, que sua utilização se deva dar com maior rigor. Se sua força é tão grande a ponto de influir significativamente no resultado do processo, a certeza de que tal meio foi empregado corretamente se demonstra imprescindível. Portanto, deve o direito processual avançar na perspectiva da criação de meios de controle na utilização desses métodos.

3.4. A necessidade de controle da prova pericial

Exposto o sentido da prova pericial, e a sua crescente e grande importância, como instrumento de descoberta da verdade no processo, torna-se evidente que esta, se mal utilizada, cumprirá exatamente o sentido oposto.

É irrefutável a consideração de que as partes e o juiz terão maior dificuldade para confrontar e refutar dados e informações trazidos pelos especialistas do que outras espécies de alegação de fato, ou argumentações acerca da correta aplicação do direito.

Como a prova pericial é largamente utilizada – para a fixação da verdade sobre os fatos levados ao processo – e, é uma espécie de conhecimento estranho ao cotidiano dos operadores, deve este conhecimento se revestir de forma que possibilite seu controle e a regular crítica à sua utilização.

²⁹⁵ TARUFFO, Michele. La Prueba Científica en el Proceso Civil. op. cit. pp. 154-155.

Afirma-se, com absoluta correção, que “o juiz deve fazer uso do conhecimento científico com o mesmo rigor do cientista, certificando-se concretamente da sua confiabilidade”.²⁹⁶ Como foi visto, se o processo pretende ser um instrumento que compreenda a descoberta da verdade como pressuposto para a prolação de decisões justas, este deve se utilizar de todos os meios possíveis e legalmente válidos para operar a correta reconstrução dos fatos. Assim, além de abrir grande possibilidade para a produção de prova pericial durante o processo, o próprio método científico de descoberta de fatos é relevante para esse fim.

Se a prova é um fenômeno epistemológico, portanto demonstrativo, que permite ao juiz, às partes e à sociedade apreenderem a realidade, para assim poder verificar a justiça da decisão, é fundamental que tais provas tenham um grau de confiabilidade que justifique este mister.

Dessa maneira, a prova pericial é um instrumento útil para operar a correta reconstrução dos fatos, em virtude do conhecimento que ela aporta ao processo. Essa conclusão foi tratada anteriormente, especificamente, no caso do exame de DNA. Naquele tópico constatou-se que o grau de confiabilidade de tal prova pericial é tão elevado, que leva a uma posição chancelada em doutrina e jurisprudência, de que este não deve ser refutado por outras provas, e em caso de contradição deve ser realizado novo exame, que se confirmar o primeiro, deverá ser o meio de prova a prevalecer.

Portanto, em tese, o que se afirma é que o grau de confiabilidade de tal prova é mais elevado, o que leva a uma primazia a esse meio de prova na valoração. Ocorre que, isto só será verdade, se o meio de prova for corretamente utilizado, e se o procedimento e a metodologia de realização de tal exame for exatamente o mesmo utilizado pelos melhores institutos de pesquisa.

No final do ano de 2007 foi amplamente divulgado pela mídia o caso envolvendo uma bioquímica no Estado de Sergipe que foi acusada de falsificar exames de DNA.²⁹⁷ A bioquímica era dona de um laboratório, que tinha um convênio com o Ministério Público do Estado de Sergipe, com o intuito de realizar exames de DNA para casos de investigação de paternidade.

²⁹⁶ GRECO, Leonardo. O Conceito de Prova. op. cit. 479.

²⁹⁷ Por exemplo <http://noticias.terra.com.br/brasil/interna/0,,OI2086132-EI5030,00.html>.

Segundo o noticiado, os exames simplesmente não existiam. Era feita a colheita de sangue dos indivíduos, mas este não era enviado ao laboratório responsável pela análise, de modo que a paternidade era apontada de forma absolutamente aleatória.

É evidente que um caso teratológico como este não pode ser um parâmetro válido para analisar a confiabilidade da prova pericial e científica no processo. Somente demonstra a necessidade de que esta, para ser confiável, seja controlada, na sua correta utilização e na metodologia aplicada.²⁹⁸

A utilização dos meios de prova que aportam conhecimentos de áreas estranhas ao direito, ou mesmo das chamadas ciências humanas ao processo é um dado inexorável da realidade. Em qualquer investigação criminal em que não haja flagrante o peso da prova pericial é enorme. Nas ações de investigação de paternidade ela é decisiva. Nas ações de indenização por erro médico, ou relativas a medicamentos ela é imprescindível, assim como nas que veiculam tentativa de responsabilização por dano ambiental.

Estes últimos só são alguns dos exemplos possíveis, e demonstram a importância que pode ter tal meio de prova. Ela é extremamente relevante para decidir uma série de questões colocadas em juízo, e ao mesmo tempo é importante em alguns dos mais essenciais temas submetidos ao judiciário, como liberdade e paternidade. A sua correta utilização a transforma em um instrumento a serviço do processo, da verdade e da justiça.

²⁹⁸ “La prueba científica se presenta, dado su peculiar carácter de validez cognoscitiva, dotada de un grado particularmente elevado de fiabilidad. Precisamente por su calificación como ‘científica’ se sitúa a un nivel de fiabilidad particularmente elevado, atribuyéndole un peso y un valor demostrativo superior al que se reconoce a las pruebas ordinarias. (...) A propósito de la prueba científica surge de nuevo la tradicional paradoja del juzgador como peritus peritorum. Por un lado, se presupone que el juez recurre al científico precisamente porque no tiene los conocimientos científicos necesarios para decidir sobre los hechos del caso; pero, por otro lado, se exige que el mismo juez sea capaz de valorar la fiabilidad de los resultados de la prueba científica y de atribuirles el peso probatorio que, sobre la base en su convicción discrecional, considere adecuado. Se excluye, en efecto, y por buenas razones, que los resultados de la prueba pericial sean vinculantes para el juez y se admite, en cambio, que es éste quien debe resolver si acepta tales resultados o discrepa de ellos. Además, se pide que el juez motive específicamente su resolución sobre el resultado de la prueba pericial, sobre todo cuando su valoración difiere de la del perito. Parece obvio que estas mismas reglas se aplican también cuando el objeto de pericia es una prueba científica, pero en este caso resulta particularmente difícil la labor del juez de formular una valoración autónoma (dada la apariencia autoritativa que posee la prueba científica)”. TARUFFO, Michele. La Prueba. op. cit. pp. 293-294.

3.5. Observações sobre a jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana

Pelas características próprias do seu sistema federativo não há nos Estados Unidos da América uma legislação única do direito processual, seja penal ou civil. Há, portanto, assim como no ordenamento brasileiro antes do advento do Código de Processo Civil de 1939, legislações processuais em cada Estado, e no Distrito de Columbia. Além desses, há o sistema de justiça criminal da União, cujo diploma básico são chamadas *Federal Rules of Criminal Procedure*. No que toca ao direito probatório, este não está inserido na codificação processual, sendo tratado por um diploma independente, aplicável tanto ao processo penal, quanto ao civil, as chamadas *Federal Rules of Evidence*.

Aliado a tal diploma legislativo, pelas inerentes características do sistema da *common law*, o papel da jurisprudência na definição dos limites e significados do direito probatório (e processual) é extremamente relevante, ainda mais constatando-se que há um universo de mais de meia centena de legislações estaduais.

Portanto, para o que importa neste trabalho, analisar-se-á, de forma sucinta, quatro casos julgados pela Suprema Corte, importantes e paradigmáticos, quais sejam: *Frye v. United States*, *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, *General Electric v. Joiner* e, *Kumho v. Carmichael*.

3.5.1. *Frye v. United States*²⁹⁹

Entre os julgados a serem analisados este é o mais antigo, datando de 1923. Neste caso, Frye, o réu, condenado por homicídio qualificado procurou contestar a validade da admissão de um teste de pressão sanguínea – uma espécie de antecessor do polígrafo – como prova científica na causa.

²⁹⁹ Disponível em www.law.cornell.edu.

Alegou-se que as variações na pressão arterial são causadas por uma série de fatores, como medo, raiva e dor, além de esta ser decorrente de alterações no sistema central autônomo, o qual não é controlável.

Assim, alterações de pressão arterial daquele que estivesse sendo submetido ao teste numa situação de interrogatório, poderiam decorrer de vários fatores, inclusive, e não unicamente, a busca por esconder a verdade. Portanto, eventual alteração não poderia levar à conformação de culpa.

Pretendeu então a defesa do réu uma maior discussão acerca da admissibilidade de tal teste como prova, pleiteando a verificabilidade do exame. Foi decidido assim que, se a técnica utilizada fosse tida como aceita majoritariamente pela comunidade científica, deveria ser aceita pelo direito, cunhando-se a regra da *general acceptability*, que perdurou por setenta anos.

3.5.2. *William Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*³⁰⁰

O chamado *Daubert Case* é considerado um marco, já que significa profunda mudança de paradigma no tocante à admissibilidade da prova científica na jurisprudência americana,³⁰¹ representando a superação do entendimento formado no caso *Frye*.

³⁰⁰ Disponível em www.law.cornell.edu.

³⁰¹ Leonardo Greco aborda especificamente o caso: “a insegurança do conhecimento científico veio à tona pela primeira vez na literatura jurídica através de um acórdão de 1990 da Corte de Cassação italiana, no qual aquele tribunal alertou que as leis da ciência devem ser ratificadas mediante o recurso a métodos de prova racionais e controláveis. A questão foi objeto de minuciosa análise no julgamento da Suprema Corte dos Estados Unidos de 1993 no caso *Daubert vs. Merrel*, relatado pelo juiz Blackmun. Esse acórdão, que invoca expressamente a doutrina de importantes autores da filosofia das ciências, como Hempel e Popper, proclama que as afirmações que constituem uma explicação científica precisam ser suscetíveis de uma verificação empírica e que o critério da sua confiabilidade é a sua falsificabilidade ou controlabilidade. A aceitação geral pode ter um peso importante na admissibilidade da prova, para não dispersar a investigação. No caso de uma técnica científica determinada, a Justiça deve levar em conta a sua margem de erro e aplicar critérios de controle da eficácia da técnica. (...) A Corte Suprema, nesse *leading case* que alterou a sua jurisprudência anterior, reconhece a falibilidade da ciência e impõe aos juízes uma vigilância extrema para evitar decisões errôneas e injustas. Para isso, os juízes devem repelir por ausência de confirmação, como inidôneas a ensejar qualquer condenação, todas as provas científicas que sejam desmentidas por alguma outra igualmente científica. (...) Assim, a Corte Suprema rejeitou que, mesmo no Processo Civil, o juiz possa considerar verdadeiro aquilo que a própria ciência não é capaz de sustentar racionalmente. E exigiu que o juiz controlasse o conhecimento científico mediante a aplicação simultânea de três critérios: o método indutivo, a resistência a todas as espécies de refutação e subsidiariamente o consenso geral da comunidade científica”. GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil, vol. II. op. cit. pp. 284-285.

O caso versa sobre uma demanda ajuizada por Jason Daubert e Eric Schüller, menores, representados por seu pais. Os menores teriam nascido com graves problemas de saúde, e alegava-se que tais problemas eram oriundos da ingestão, por sua mãe, no período pré-natal, de um medicamento anti-náusea produzido pela empresa Ré, o *Bendectin*.

A ré alegou que a utilização do remédio não teria causado mal algum, não sendo este um fator de risco para os fetos, e que os autores não tinham nenhuma prova que baseasse sua pretensão. Tal tese defensiva foi baseada em uma declaração proferida e publicada por um profissional da área, Steven H. Lamm, que afirmou que nenhum estudo assegurou que o *Bendectin* seria capaz de causar má-formação.

Os autores sustentaram sua tese com o testemunho de oito outros especialistas, que fundamentaram suas conclusões na assertiva de que o *Bendectin* poderia acarretar má-formação, como verificado em estudos feitos em animais e testes *in vitro*. Alegaram, ainda, que por meio de estudos farmacológicos da estrutura química do medicamento, este apresentou similitudes com outras substâncias comprovadamente causadoras de defeitos ao nascituro.

A corte distrital, que podemos considerar o primeiro grau de jurisdição, citando o caso *Frye* como precedente, entendeu que as provas apresentadas pelos autores não eram capazes de levar a superação de tal precedente. Isso porque a conclusão apresentada pela empresa ré estava lastreada na aceitação geral da comunidade científica.

A Corte de Apelação – *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit* – manteve o entendimento, afirmando que o argumento do autor não preenchia o requisito de *general acceptance*, como critério para admissibilidade do testemunho pericial.

Instada a se manifestar, a Suprema Corte teve de considerar a subsistência ou não do *standard* estabelecido pelo caso *Frye v. United States*, ou seja, se este permanecia válido mesmo após o advento das Federal Rules of Evidence, que datam de 1975.

A Corte Distrital, assim como a de Apelação, afirmou que evidências científicas somente seriam admitidas se houvesse embasamento suficientemente estabelecido para ter

aceitação geral. Os autores não cumpriram com tal requisito, impossibilitando a Corte de estabelecer um nexo de causalidade entre a conduta do réu e o dano provocado ao autor.

Em suas alegações, os autores sustentaram que as regras instituídas com o caso *Frye* foram substituídas pela adoção das *Federal Rules of Evidence*.

Neste sentido foi o entendimento do juiz Blackmun, o qual, inovando nas regras para admissão de provas científicas em julgamento se valeu da Regra 402 das *Federal Rules of Evidence*, de seguinte teor: “*toda prova relevante é admissível, exceto disposição em contrário à Constituição dos Estados Unidos, por lei do Congresso, por essas regras, ou por demais regras prescritas por essa Suprema Corte nos termos da autoridade legal. Prova que não é relevante não é admissível*”.³⁰² [Tradução nossa]

Enfatizou também, o relator, a Regra 702, que versa especificamente sobre a questão, regendo o testemunho dos peritos: “*se científico, técnico, ou outro conhecimento especializado, ajudará o juiz a compreender a prova ou determinar um fato em questão, uma testemunha qualificada como um especialista em conhecimento, habilidade, experiência, formação ou educação, pode a isto testificar na forma de um parecer ou de outro modo*”.³⁰³ [Tradução nossa]

Assim, asseverou o Relator que o juiz deve assegurar que qualquer e todo testemunho científico ou prova admitida não é somente relevante, mas confiável.

A Regra 702 auxilia o julgador, pois este, por meio do testemunho pericial, terá maiores condições de entender a prova ou determinar um fato a que versa a questão. Destarte, por meio

³⁰² “*All relevant evidence is admissible, except as otherwise provided by the Constitution of the United States, by Act of Congress, by these rules, or by other rules prescribed by the Supreme Court pursuant to statutory authority. Evidence which is not relevant is not admissible*”.

³⁰³ “*If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise*”. Após o Daubert Case, e em parte por sua influência, foi alterada a regra 702, incluindo, ao seu final, critérios de aceitabilidade do depoimento “*if (1) the testimony is based upon sufficient facts or data, (2) the testimony is the product of reliable principles and methods, and (3) the witness has applied the principles and methods reliably to the facts of the case*”.

daquela norma, torna-se exigível uma conexão científica válida para a pertinente investigação, como um pré-requisito de admissibilidade. Questão crucial a ser respondida para determinar se uma teoria ou técnica de conhecimentos científicos poderá ter o condão de assistir o juiz do fato, é se esta pode ser e se já foi testada.

Apesar de não ser uma *conditio sine qua non* de admissibilidade, é apreciável que a teoria ou técnica já tenha sido objeto de publicação. Isto porque a submissão da matéria ao exame da comunidade científica é um componente do que se chama “boa ciência”, já que aumenta a probabilidade de que falhas significativas na metodologia sejam detectadas.

O Relator finalizou seu voto garantindo que a aceitação geral não é necessariamente pré-condição de admissibilidade de evidência científica, não prevalecendo, pois, sobre as *Federal Rules of Evidence*. Assim a *general acceptability*, continuava sendo um requisito válido, mas não devia ser mais considerado único ou exclusivo.

Portanto, a admissibilidade das provas não deveria se basear unicamente na majoritária compreensão da comunidade científica, devendo também ser verificado a controlabilidade e falsibilidade da teoria ou da técnica; o percentual de erro notório ou potencial; o respeito pelos padrões relativos à técnica empregada; a circunstância de que a teoria ou a técnica em questão tenha sido objeto de publicação científica e, portanto, se submetido a crítica; por fim, o consenso geral da comunidade científica.³⁰⁴

3.5.3. *General Electric Company v. Robert K. Joiner*³⁰⁵

³⁰⁴ Taruffo também abordou expressamente o caso “*el tradicional tópico de acuerdo con el cual cualquier cosa que tenga algún origen científico es útil y válida y, por tanto, es admisible como elemento de prueba en el proceso, está en crisis desde hace tiempo, por varias razones. (...) también en los ámbitos de conocimiento científico en términos generales, pueden existir formas de junk science o de uso impropio, manipulado o injustificado de conocimientos científicos. En Daubert, la motivación de la mayoría, redactada por el juez Blackmun, señaló varios criterios que el juez, como gatekeeper y seleccionador de lo que legítimamente puede entrar a formar parte de un proceso, debería aplicar con el fin de admitir únicamente datos e informaciones científicas válidas y aceptables. Se trata: a) del control y falsabilidad de la teoría que está en la base de la prueba científica de que se trate, b) del porcentaje de error relativo a la técnica empleada, c) del control sobre la teoría o técnica en cuestión por parte de otros expertos, y d) del consenso general de la comunidad científica de referencia; además, se subraya que la prueba científica sólo puede ser admitida cuando sea directamente relevante para acreditar hechos concretos*”. TARUFFO, Michele. La Prueba Científica en el Proceso Civil. op. cit. pp. 154-155.

³⁰⁵ Disponível em www.law.cornell.edu/supct/html/96-188.ZS.html.

Em 1973, Robert Joiner começou a trabalhar na companhia *Water & Light Department*, de Thomasville, Geórgia, na função de eletricitista. Tal atividade requeria que o mesmo trabalhasse próximo a transformadores elétricos da cidade, sendo que estes continham um fluido ao qual Joiner costumeiramente tinha que colocar suas mãos, a fim de realizar eventuais reparos, fluido este que não raro entrava em contato com seus olhos e boca.

Dez anos após o início de seu trabalho, foi descoberto que o fluido de alguns transformadores estava contaminado com a substância *polychlorinated biphenyls* (PCBs), amplamente considerada como maléfica a saúde humana, em tal ordem que o Congresso Norte Americano, salvo raras exceções, proibira sua produção e venda desde 1978.

Joiner foi diagnosticado, em 1991, com câncer de pulmão. Em decorrência disto processou a *General Electric*, alegando que sua doença foi provocada pela exposição ao PCBs e seus derivativos. Trouxe à baila o depoimento de diversos *experts*. A defesa, por sua vez, alegou que estes basearam suas conclusões em especulações, mostrando a ausência de um estudo epidemiológico. Além disso, qualificou tais estudos de desconexos e demonstrou que foram realizados, tão-somente, em laboratório com animais.

O júzo de primeiro grau, então, concordou com a Ré, no sentido de que os estudos com animais não seriam aptos a corroborar a tese de correlação entre a exposição aos PCBs e o câncer. Além disso, afirmou que os peritos não conseguiram estabelecer uma relação de causa e efeito, se considerando, também, que Joiner foi fumante por cerca de oito anos, seus pais eram fumantes, e havia história de câncer na família. Isto levou a indamissibilidade dos estudos apresentados por Joiner.

A Corte de Apelação, ao receber o caso, proferiu entendimento diverso, sustentando que nas *Federal Rules of Evidence*, que regem a prova pericial, há uma preferência pela admissibilidade, sendo aplicado um critério rigoroso para a exclusão das provas, se afirmando assim que o juiz errou ao não conhecer a prova.

A discussão levada à Suprema Corte, versava, portanto, sobre critérios de aceitação ou rejeição da admissibilidade da prova científica, tendo como parâmetro o estabelecido em *William Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*.

O juiz J. Rehnquist, remetendo-se ao caso Daubert, salientou que este não criou um padrão de direção a ser aplicável a todas as questões de prova. Afirmou que as *Federal Rules of Evidence* não impõem uma admissibilidade sem limites à prova pericial, mas, tão somente, que toda e qualquer prova pericial admitida não deve ser apenas relevante, mas confiável.

Continuou afirmando que o caso Daubert e as *Federal Rules of Evidence* não autorizam o Tribunal a admitir um parecer embasado apenas em dados obtidos pela própria afirmação do perito. Assim, o Tribunal poderá concluir que a lacuna analítica existente entre os dados e o parecer proferido é, simplesmente, muito grande.

Relevante também a citação da manifestação do juiz Breyer, o qual, concordando com a manifestação anterior afirmou que o juiz, na tarefa de *gatekeeper*, deve assegurar que toda e qualquer prova científica não é apenas relevante, mas confiável. Tal exigência irá requerer que os juízes realizem uma sutil e sofisticada determinação sobre método científico, bem como a relação disto com os resultados na prova pericial, principalmente quando um caso surge em uma área que a ciência é experimental ou incerta.

Observou também que o juiz não poderá se valer da escusa de carência de entendimento para não exercer a tarefa de triagem de prova. Quando lei e ciência se interpenetram, essa função deve ser exercida com especial atenção.

Ao apreciar a questão, citou uma nota do *The New England Journal of Medicine*, a qual afirma que “o juiz poderá melhor cumprir sua função de ‘triagem’ se ele ou ela for auxiliado por cientistas. Juízes devem ser fortemente encorajados a realizar um ótimo uso de sua autoridade inerente, designando peritos. Especialistas respeitáveis poderão ser recomendados a Corte por

organizações científicas estabelecidas, como a *National Academy of Sciences* ou *American Association for the Advancement of Science*".³⁰⁶ [Tradução nossa]

Ressaltou, ainda, que a Corte poderá ir além do perito oferecido pelas partes, utilizando seus poderes para apontar peritos independentes, à luz da Regra 706 das *Federal Rules of Evidence*.

Por fim, considerou que este esforço cooperativo entre comunidade científica e legal, facilita a tarefa da Corte, fazendo com que a função de *gatekeeper* não seja de difícil implementação, além de otimizar o cumprimento dos objetivos das *Federal Rules of Evidence*, que são de averiguação da verdade e determinação do procedimento.

Evidenciou-se no caso uma dificuldade na aceitação de provas científicas, especialmente aquelas que não se referem a um fato específico, ou seja, aquilo que observamos quando tratamos da prova estatística, na qual, mesmo estando correto o dado, este não consegue estabelecer o nexo de causalidade do fato específico levado em juízo.

A decisão reconheceu os méritos do *Daubert*, ressaltou a necessidade de participação da comunidade científica, e avançou na discussão dos poderes dos juízes na admissibilidade da prova científica, ressaltando a sua necessária confiabilidade, e reafirmando a condição das Cortes como *gatekeepers*.

3.5.4. *Kumho Tire Company v. Patrick Carmichael*³⁰⁷

Este é o último dos grandes casos julgados pela Suprema Corte na linha de reafirmação e aprimoramento do decidido no Caso *Daubert*, tendo sido julgado em 1999. Em julho de 1993,

³⁰⁶ "A judge could better fulfill this gatekeeper function if he or she had help from scientists. Judges should be strongly encouraged to make greater use of their inherent authority to courts by established scientific organizations, such as the National Academy of Sciences or the American Association for the Advancement of Science".

³⁰⁷ Disponível em <http://www.law.cornell.edu/supct/html/97-1709.ZX.html>.

o pneu traseiro de uma “minivan” guiada por Patrick Carmichael estourou, provocando a morte de um dos passageiros e graves ferimentos nos demais.

No mês de outubro do mesmo ano, foi ajuizada a demanda em face do fabricante do pneu e do distribuidor (Kumho Tire), sob a alegação de que o pneu era defeituoso. O autor sustentou sua tese com base na prova pericial produzida pelo *expert* Dennis Carlson Jr., que analisou as falhas do pneu.

Segundo o *expert*, o pneu apresentava um defeito de fabricação ou de design, sendo este o provável motivo do acidente. Carlson baseou sua tese em inspeção visual e tátil, se valendo de técnica própria para a análise.

Kumho Tire pleiteou a exclusão do testemunho do perito, sob o fundamento de que a metodologia do mesmo não se enquadrava na Regra 702 das *Federal Rules of Evidence*, sustentando que a prova pericial produzida não cumpria com as exigências de admissibilidade, devendo ser, portanto, excluída do processo.

A principal questão levantada no presente caso foi a possível aplicação do caso *Daubert* na avaliação de prova pericial produzida por engenheiros e demais especialistas não cientistas.

Para o Juiz *J. Breyer*, as conclusões acerca da prova pericial obtidas no caso *Daubert* são aplicáveis não somente ao testemunho baseado em conhecimento científico, mas também sobre conhecimentos de outras especialidades. A fim de determinar a confiabilidade de tal prova, o juízo pode considerar um dos fatores específicos mencionados em *Daubert*, mas também alguns exteriores ao mesmo.

Assim, os critérios pontuados em *Daubert*, para admissão de uma prova pericial, não são necessária nem exclusivamente aplicados a todos os peritos ou em todos os casos.

O Tribunal de primeiro grau concordou com o réu, *Kumho Tire*, no que tangia a afirmação de que o parecer do perito Carlson desrespeitava o disposto na Regra 702 das *Federal*

Rules of Evidence. A metodologia empregada pelo especialista foi analisada à luz dos critérios de confiabilidade mencionados em *Daubert* e, com isso, a prova acabou por ser afastada.

A Corte de Apelação acolheu o pedido do autor, entendendo que os fundamentos do caso *Daubert* deveriam ser aplicados de maneira não rigorosa, podendo outros fatores incidir sobre a admissibilidade de uma prova pericial.

A Suprema Corte entendeu que a prova pericial produzida por Carlson carecia de critérios que pudessem ensejar sua admissibilidade, haja vista que os métodos empregados não a tornavam confiável. O *expert* afirmou que a maioria dos pneus tem um padrão de ranhura, sendo esta a razão que pela qual ele acreditava que o pneu do acidente apresentava uma anormalidade, embora ele nunca tivesse observado muitos pneus similares ao do caso.

Ao rejeitar a prova, o Juiz Relator sustentou que as conclusões extraídas do caso *Daubert*, acerca da relevância e confiança da prova pericial, deveriam ser estendidas a todos os profissionais que elaborassem pareceres técnicos. Enfatizou, ainda, que inexistia qualquer distinção entre conhecimento científico e conhecimento técnico, sendo todos alcançados pelo teor da Regra 702, que estabelece um padrão de confiabilidade probatória. Até mesmo porque seria impossível aos juízes administrar as regras de seleção para determinar o que seria um conhecimento científico e um conhecimento técnico, em virtude da tênue linha distintiva entre ambos.

O Juiz Scalia acompanhou o Relator, enfatizando a tarefa do julgador de selecionar as provas periciais que podem ser qualificadas como confiáveis. Esse poder de escolha entre os meios razoáveis acarretará na exclusão de perícia falsa e de ciência viciada – *junky science*.

Assim, a decisão afirmou que os critérios elencados no *Daubert* devem ser utilizados em outras modalidades de prova pericial que não às que se caracterizam como científicas; reafirmando também que os critérios estabelecidos no *Daubert* não são um rol taxativo, e tão-somente medidas razoáveis de confiabilidade.

3.5.5. Breves conclusões

As decisões citadas são extremamente importantes, na perspectiva do estabelecimento de critérios de controle para a admissibilidade e valoração das provas periciais.

Os critérios e paradigmas utilizados são, na maioria, universais, não se remetendo necessariamente ao sistema da *common law*. Mesmo as considerações sobre a função de *gatekeeper*, tão salientada, característica de um sistema que observa a primazia do júri popular, pode ser útil, tanto nas hipóteses de crimes submetidos ao Tribunal do Júri, como no estabelecimento de critérios gerais de admissibilidade.

Uma série de critérios podem ser destacados. A relevância do critério da aceitação geral, quando acompanhado da necessária demonstração da confiabilidade do método. A publicação – e a eventual crítica que desta pode advir – como elemento, se não determinante, mas importante para a aferição da validade das hipóteses levantadas.

Importante também a distinção entre *science* e *junky science*, demonstrando que pode ser pernicioso a informação que travestida de ciência aporta ao processo, aparentando uma validade que não tem.

A referência as necessidades de atualização do método, assim como a afirmação da necessidade de uma cooperação mútua entre juristas e cientistas, são também dignas de nota. No geral, pode-se salientar que os critérios apontados não ferem a liberdade probatória, somente garantem a utilidade destas provas aportadas ao processo, auxiliando na busca da verdade.

4 Controle da Prova Pericial

4.1. Considerações introdutórias

Estabelecida a crescente importância da prova pericial, e o decisivo papel que esta pode cumprir no processo, para realizar a descoberta da verdade, claro que esta deve se submeter a padrões racionais de controle, sob pena de representar uma autêntica delegação do exercício da jurisdição sobre a matéria técnica àquele que detêm conhecimento especializado.

Esta não pode ser apresentada como uma preocupação nova. A tradicional consideração do juiz como *peritus peritorum*, a expressa previsão legal de não vinculação deste às conclusões da perícia já demonstra a perspectiva de se estabelecer formas de controle para tal procedimento.

No mesmo sentido as disposições legais acerca da exigência de qualificação do perito, a participação das partes na produção da prova e a possibilidade que estas inquiram o *expert*, a previsão de realização de uma segunda perícia.

Assim, o controle sobre a prova pericial dar-se-á em uma série de momentos. O primeiro deles é quando da própria determinação da prova, que deve ser necessária e relevante. O segundo se dá quando da própria indicação dos peritos.

A plena participação das partes também é dado fundamental desse controle. O contraditório pode ser um eficaz meio de atestar a validade do conhecimento técnico-científico aportado ao processo, desde que as partes estejam bem assistidas nessa função, e que seus argumentos sejam considerados, levados a sério pelo juiz.

O dado fundamental, porém, é o controle pelo juízo, do próprio conhecimento em si, e não apenas da racionalidade intrínseca do argumento ou elemento exposto no laudo. Isto impõe

que este conhecimento seja introduzido no processo de uma forma racional, e que o juiz se disponha a exercer ativamente sua função.

4.2. A indicação dos peritos

A indicação dos peritos pode ser considerada como um primeiro momento em que é exercido controle sobre a prova pericial. No processo penal à este momento eventualmente se credita menor importância já que, em regra, o exame de corpo de delito e as demais perícias são realizadas por perito oficial, conforme determinado pelo artigo 159 do CPP.

Em relação aos peritos oficiais é fundamental que o concurso público que os selecione seja idôneo, e apresente o nível de exigência técnico-científica compatível com a função a ser exercida. A expressão “portador de diploma de curso superior”, presente no artigo 159 do CPP, eventualmente deve ser objeto de uma interpretação extensiva, demonstrando a necessidade de pós-graduação ou especialização em determinadas áreas de conhecimento.

Necessário também que os peritos oficiais possuam boas condições de trabalho, e acesso as técnicas e equipamentos que permitam a realização de seu mister. Deve ser repensada a vinculação orgânico-administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela perícia oficial à estrutura da segurança pública do Estado, o que pode acarretar violação a sua necessária imparcialidade técnico-científica sobre o ponto ou matéria que é objeto de sua análise.

No que toca aos peritos não oficiais, ou seja, indicados no caso concreto, dispõe o artigo 421 do CPC que “o juiz nomeará o perito”. Ao tratar da qualificação do perito, o § 1º do artigo 145 do mesmo diploma legislativo determina que “os peritos serão escolhidos entre profissionais de nível universitário, devidamente inscritos no órgão de classe competente”; o § 2º que “os peritos comprovarão a sua especialidade na matéria sobre que deverão opinar, mediante certidão do órgão profissional em que estiverem inscritos”; o § 3º, por sua vez, afirma que “nas localidades onde não houver profissionais qualificados que preencham os requisitos dos parágrafos anteriores, a indicação dos peritos será de livre escolha do juiz”.

Já o § 1º do artigo 159 do CPP afirma que “na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame”.

Primeiramente, deve ser observado a infelicidade do disposto no § 3º, já citado, do artigo 145 do CPC. Não é admissível que a perícia seja realizada por profissional não capacitado – e é isto que o dispositivo legal permite. Inexistindo na localidade profissional adequado, deve se buscar outras alternativas, mas o fundamental é que não se atribua o cunho de “pericial” ou “científica” à uma prova, com todo o peso que isto acarreta, quando produzida por profissional não qualificado, “de livre escolha do juiz”.

A falta de perito oficial prevista no § 1º do artigo 159 do CPP, deve ser compreendida não como falta de “qualquer” perito oficial, mas sim como falta de perito oficial capaz (no sentido da sua habilitação técnico-científica) de examinar, com correção, a questão submetida. A utilização da expressão “portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame” demonstra mais uma vez a infeliz opção legislativa em não assegurar que a prova pericial seja produzida por profissional competente para tanto, se rendendo ao casuísmo e ao descontrole, o que prejudica a própria credibilidade da prova pericial aportada ao processo.

Já os §§ 1º e 2º do artigo 145 do CPC buscam garantir que o perito tenha alguma qualificação, mas não asseguram que sejam de fato qualificados para a matéria *sub* exame. Assim, “*las normas que se refieren a la designación del perito por parte del juez no aseguran el nivel de competencia del experto. Se exige que haya tal competencia, pero no se indica cómo puede el juez asegurarse de ello, teniendo en cuenta la complejidad y la dificultad de las cuestiones que el perito tendrá que resolver*”.³⁰⁸

Isto representa um problema, já que é necessário, para a própria eficácia do exame probatório que o perito seja um verdadeiro *expert* na matéria que lhe é submetida.

³⁰⁸ TARUFFO, Michele. La Prueba Científica en el Proceso Civil. op. cit. pp. 180-181.

Es apenas obvio que la eficacia probatoria del dictamen depende, fundamentalmente, de la competencia del perito para cada caso. Hay que escoger cuidadosamente a los peritos. Si de la documentación presentada o de lo expuesto en el dictamen se infiere que el perito no tiene los conocimientos técnicos, artísticos o científicos necesarios para el caso concreto, el juez no le puede reconocer eficacia probatoria, y si tiene dudas al respecto debe desconfiar también del dictamen y ordenar outro.

Em la competencia del peritose incluye la ausencia de perturbaciones psicológicas o de outro orden y de defectos orgánicos, que auna cuando no alcancen a producir incapacidad mental ni física para el adecuado desempeño del cargo, sí pueden afectar la fidelidad de sus percepciones y la exactitud de sus juicios e inferencias.³⁰⁹

Problema afeto à forma de indicação do perito prevista é o excessivo grau de confiança que o juiz pode depositar no *expert*, que é de sua livre escolha – obviamente entre os profissionais capacitados. Essa excessiva vinculação proveniente da indicação individual e personalíssima, pode levar a um comprometimento do juízo ao perito por este indicado, prejudicando sua capacidade de avaliação crítica do laudo.

Assim, é de se perguntar se tal processo de indicação não merece sofrer modificações, seja de *lege ferenda*, seja mesmo por atos administrativos dos tribunais, prevendo a prévia e pública habilitação daqueles que se dispõem a atuar como auxiliares do juízo, com publicidade de suas especialidades e currículos, permitindo ao juízo, e as partes, maior segurança na confrontação da especialização do perito. Tais parecem melhores critérios – ainda que não absolutamente seguros – do que os previstos nos §§ 1º e 2º do artigo 145 do CPC.

Além disso, deve também levantar-se a possibilidade de estabelecimento de convênios ou outros instrumentos jurídicos similares, com universidades e centros de pesquisa, para realização de prova pericial em determinadas áreas do conhecimento – especialmente no que toca às chamadas provas científicas.

Isto poderia cumprir dois papéis. Terminaria com o excesso de personalização existente na indicação individual do perito e, ao menos *a priori*, garantiria maior qualidade técnica ao laudo apresentado.

Problema que não diz respeito à indicação, mas que também deve ser tratado, é a questão da fixação dos honorários do perito. Estes são arbitrados, por muitas vezes, sem nenhum critério objetivo, e na prática do foro é comum se tratar da “constrangedora” situação das partes,

³⁰⁹ ECHANDÍA, Hernando Devis. Compendio de La Prueba Judicial, Tomo II. op. cit. p. 109.

que por vezes têm que impugnar honorários exorbitantes propostos por aqueles que podem ter uma função essencial no deslinde da demanda apresentada.

Ainda, se observa que, naquelas demandas que têm uma das partes como beneficiária da gratuidade de justiça, a remuneração do perito – ao menos a remuneração integral do que é pedido por este – depende da sucumbência da parte não beneficiária, quando solicitada a perícia pela parte assistida, ou pelo próprio juízo.

Assim, fundamental que se estabeleçam critérios objetivos de remuneração do trabalho do perito, com limites previamente definidos, levando em consideração a complexidade do objeto, horas trabalhadas. No que toca aos beneficiários da gratuidade, deve ser garantida a remuneração integral do trabalho do perito independente da sucumbência de qualquer parte, por um dos fundos que buscam financiar a assistência judiciária, ou através do conjunto de custas e emolumentos recolhidos pelo Tribunal.

4.3. A necessidade de precisa delimitação do objeto da perícia

É necessário que o fato que venha a ser elucidado pela prova pericial esteja suficientemente delineado.³¹⁰ Isso permite maior precisão na indicação do perito, possibilita a participação das partes no controle de sua especialidade e na própria formulação de quesitos e indicação do assistente técnico.

O parágrafo único do artigo 420 do CPC determina que “o juiz indeferirá a prova pericial quando: I – a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnico; II – for desnecessária em vista de outras provas produzidas; III – a verificação for impraticável”. O

³¹⁰ “El problema fundamental de la utilización probatoria de la ciencia en el proceso civil está vinculado, por un lado, a la circunstancia de que el ‘hecho a probar’ tenga unas características particulares, esto es, de que no se trate únicamente de un suceso simple e individualizado que se conjetura como efectivamente ocurrido; pero, por otro lado, también está vinculado a la diversa naturaleza de los datos científicos en ocasiones, constituyen los elementos de conformación de las hipótesis sobre un hecho”. TARUFFO, Michele. La Prueba Científica en el Proceso Civil. op. cit. p. 173.

enquadramento da prova pericial em uma dessas situações, além da óbvia necessária correlação entre o fato a se provar e a correção do meio empregado depende que o objeto esteja suficientemente bem delineado, ou seja, é preciso que se diga exatamente o que se pretende obter com a prova pericial.

O artigo 431-B do CPC dispõe que “tratando-se de perícia complexa, que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, o juiz poderá nomear mais de um perito e a parte indicar mais de um assistente técnico”. No mesmo sentido o § 7º do artigo 159 do CPP: “Tratando-se de perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, poder-se-á designar a atuação de mais de um perito oficial, e a parte indicar mais de um assistente técnico”.

Na realidade o termo “poderá”, utilizado pelos dois dispositivos legais citados deve ser compreendido não como faculdade, mas como obrigação do juiz. Se o objeto submetido ao juízo implicar a necessidade de conhecimento especializado oriundo de diversas áreas, não é tal indicação mera possibilidade, e sim imperiosa necessidade para o correto esclarecimento dos fatos.

Assim, a eficácia da prova pericial exige que esta “*sea um medio conducente respecto al hecho por probar*”.³¹¹ Esta verificação pressupõe a correta delimitação do fato. Deste modo, a corriqueira utilização de fórmulas genéricas tipo “ante o exposto defiro a realização de perícia de engenharia”, “assim, determino a realização de perícia médica”, são absolutamente contraproducentes.

O juiz deve utilizar, seja o tradicional despacho saneador, seja uma decisão qualquer com caráter de interlocutória para: determinar a realização da prova pericial; e estabelecer precisamente o que busca ver esclarecido com a realização de tal prova.

Já se afirmou aqui que se “a participação dos fatos da causa depender de conhecimentos técnicos, a parte tem o direito à realização da prova pericial, a ser elaborada por profissional

³¹¹ ECHANDÍA, Hernando Devis. Compendio de La Prueba Judicial, Tomo II. op. cit. p. 108.

habilitado e idôneo para o desempenho da função”.³¹² Isto implica a necessidade de que caso o esclarecimento dos fatos dependa de específica *expertise* em mais de uma área de conhecimento, seja indicado mais de um perito. Determina também que a idoneidade e correta habilitação do profissional indicado pode ser aferida *in concreto*, o que exige a correta e prévia delimitação do objeto da perícia.

Os dois exemplos de decisões genéricas citadas, a determinação de “perícia de engenharia”, e de “perícia médica”, representam bem essa questão. Uma decisão como esta significa que todo e qualquer médico, ou todo e qualquer engenheiro poderia cumprir tal mister. Ocorre que não se contrata um engenheiro de produção para construir um navio, e não se recorre a um pediatra para se realizar uma cirurgia cardíaca. Existem mais de uma dezena de especialidades nestas áreas de conhecimento citadas. Para a correta realização da prova pericial é imprescindível que o profissional indicado tenha o maior grau de conhecimento possível da matéria, e não somente que seja de uma área de conhecimento afeta à este.

Isto leva inclusive à ampliação da possibilidade prevista no ordenamento de que seja realizada uma segunda perícia. O artigo 437 do CPC determina que “o juiz poderá determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida”. Por sua vez, o artigo 438 dispõe que “a segunda perícia tem por objeto os mesmos fatos sobre que recaiu a primeira e destina-se a corrigir eventual omissão ou inexatidão dos resultados a que esta conduziu”.

Outras situações podem levar ao deferimento de uma segunda perícia. É factível imaginar que, no decorrer de seu trabalho, o perito se depare com algum elemento que esteja fora de sua área de conhecimento, e que seja uma preliminar ao próprio conhecimento do seu objeto.

A apuração do conhecimento técnico-científico no processo pode ser um caminho árduo. Um perito pode ser indicado porque as partes, e o juiz, em virtude da sua ausência de conhecimento específico acreditam que determinado profissional é o indicado, e este verificar ser de outra área de conhecimento do que o requerido. Durante a realização da prova pericial pode o

³¹² CAMBI, Eduardo. A Prova Civil: admissibilidade e relevância. op. cit. p. 235.

expert se deparar com a necessidade de recorrer a outros profissionais e a outras espécies de exame.

A prévia delimitação do fato a ser objeto da prova pericial dificulta que isto aconteça, mas não o impede completamente. Por isso, é importante que a apuração do conhecimento científico no processo não ocorra de uma forma rígida, com preclusões consumativas automáticas. A impugnação ao perito, por exemplo, que em tese deve ser feita no momento da indicação deste pelo juízo, pode só se apresentar para alguma das partes quando da prolação do laudo, ou das primeiras manifestações deste. Um esquema rígido de preclusões não é compatível com a tentativa de trazer conhecimentos estranhos ao direito ao processo, devendo adaptar-se a marcha processual às necessidades de tal procedimento.

4.4. A participação das partes na produção da prova pericial

Talvez a mais importante forma de controle da prova pericial seja através da participação das partes no procedimento probatório. Afinal, “*el contradictorio es además de una garantía defensiva, un método de formación de la prueba que trata de asegurar la plenitud y la fiabilidad del procedimiento probatorio y de sus criterios de decisión sobre los hechos a través de la contraposición dialéctica de las diversas posiciones, informaciones y argumentaciones de las partes*”.³¹³

Uma primeira observação em relação a tais questões é o péssimo trato que o ordenamento confere aos assistentes técnicos, que são considerados meros assistentes das partes, sem nenhum compromisso com a correta introdução do conhecimento especializado no processo,

³¹³ TARUFFO, Michele. La Prueba Científica en el Proceso Civil. op. cit. pp. 182-183.

meros paraceristas dotados de parcialidade.³¹⁴ Nesse sentido, a parte final do artigo 422 do CPC: “os assistentes técnicos são de confiança da parte, não sujeitos a impedimento ou suspeição”.

Essa consideração faz com que, muitas vezes, os pareceres dos assistentes técnicos sequer sejam considerados pelo juiz em seu raciocínio decisório, remetendo este somente ao parecer do seu *expert* de confiança.³¹⁵ Esta prática prejudica a administração da justiça, e o pleno exercício do direito de ação e defesa, esvaziando o princípio do contraditório. Melhor do que simplesmente esvaziar as funções dos assistentes técnicos seria considerá-los, obviamente com as devidas limitações, como auxiliares do juízo, obtendo compromisso destes.

A apuração do conhecimento científico exige seriedade por parte do juízo, e simplesmente creditar os argumentos expedidos pelos assistentes técnicos como parciais, e indignos de credibilidade não contribui para a realização de tal objetivo. Se um assistente afirma que o laudo exarado pelo perito do juízo é falho porque não seguiu a metodologia adotada naquele ramo de conhecimento, é dever do juiz verificar a procedência de tal argumentação, e não desconsiderá-la. As manifestações dos assistentes técnicos devem ser compreendidas no contexto do contraditório como direito de influenciar na formação das decisões, e na perspectiva da valoração racional da prova.

Portanto, um laudo do *expert* oficial que seja incoerente ou incongruente não deve ser prestigiado somente em decorrência de sua imparcialidade, quando desvestido de caráter técnico ou científico adequado. Mais importante do que quem exara a manifestação, é a correção desta, o respeito aos ditames do ramo da ciência a que pertence o conhecimento ministrado.

Outra observação necessária é em relação aos prazos previstos para a manifestação dos assistentes técnicos. O § 1º do artigo 421 do CPC dispõe que “incumbe às partes, dentro em 5

³¹⁴ “A reforma introduzida no instituto da perícia, pela Lei nº 8.455, de 24.8.1992, só veio a estimular esses inconvenientes, na medida em que reduziu consideravelmente o papel até então desempenhado pelos assistentes técnicos, que, de verdadeiros auxiliares do juízo, passaram à condição de simples informantes e pareceristas pagos pelas partes”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Livre Apreciação da Prova: Perspectivas Atuais*. op. cit.

³¹⁵ “O temor dos advogados em relação à ditadura do perito se concretizou. No momento em que o juiz escolhe o perito, a confiança que nele deposita pode implicar com frequência em verdadeira delegação da jurisdição sobre a matéria técnico-científica. Pouca ou nenhuma influência têm os pareceres críticos dos assistentes-técnicos das partes, agora oficialmente parciais, tendenciosos e apresentados somente depois que o perito do juízo já apresentou as suas conclusões. O próprio juiz se torna presa das conclusões da perícia, pela impossibilidade de controle de sua credibilidade”. GRECO, Leonardo. *O Conceito de Prova*. op. cit. p. 388.

(cinco) dias, contados da intimação do despacho de nomeação do perito: I – indicar o assistente técnico; II – apresentar quesitos”. Tal prazo é extremamente exíguo se pensarmos em perícias complexas, e na tradicional dificuldade das partes no que toca a tais ramos de conhecimento. Isso é mais prejudicial ainda àquelas que dispõem de menores recursos. Nesse ponto, o inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição da República, que garante que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, deve ser compreendido para abranger também tal espécie de auxílio à parte, quando necessário ao deslinde da lide.

Nesse ponto, deve ser manifesta a compreensão de que o contraditório efetivo é “contraditório com flexibilidade de prazos, cuja razoabilidade ou congruidade deve ser aferida em cada caso”.³¹⁶ Portanto, quando a complexidade da perícia e a realidade dos envolvidos assim o exigir, deve o juiz conceder um prazo maior do que o legal para as partes se manifestarem sobre o perito, indicar assistentes técnicos e apresentar quesitos. Não serão mais cinco ou dez dias que impedirão o cumprimento da imposição constitucional da duração razoável do processo, mas tal prazo poderá ser decisivo para que a parte consiga exercer de forma efetiva seu direito ao contraditório.

Questão carecedora de atenção, precipuamente no processo penal, é o momento a partir do qual se deve admitir a participação dos assistentes técnicos, o que também se relaciona com a própria concepção de participação que estes devem ter na produção da prova pericial. O § 4º do artigo 159 do CPP determina que “o assistente técnico atuará a partir de sua admissão pelo juiz e após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais, sendo as partes intimadas desta decisão”.

Tal dispositivo merece uma série de reparos. Este só confere aos assistentes técnicos atuação após a elaboração do laudo, o que impede o adequado controle e restringe sobremaneira a participação das partes. Estas, através de seus assistentes, devem ter conferido o direito à acompanhar a produção da prova pericial, a realização dos exames, e não somente se manifestar após o acontecimento destes.

³¹⁶ GRECO, Leonardo. O Acesso ao Direito e à Justiça. op. cit. p. 212.

Isso faz com que não seja admissível a disposição legal de que o “assistente técnico atuará a partir de sua admissão pelo juiz”. No primeiro capítulo deste trabalho, procurou-se demonstrar a necessidade de estender a garantia do contraditório aos procedimentos administrativos. E a realidade é que, no processo penal, a prova pericial é, em regra, produzida ainda na fase do inquérito policial, sendo reiterada a sua apresentação em juízo. Deve ser conferido ao investigado, ao indiciado, a possibilidade de participar nesta fase de produção do meio de prova.

O artigo 14 do CPP abre essa possibilidade, ao dispor que “o ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada ou não, a juízo da autoridade”. Este juízo da autoridade obviamente não é absolutamente discricionário, devendo levar em consideração as garantias constitucionais do indivíduo, e como ato administrativo que é, pode estar sujeito a controle judicial da sua negação.

Ainda que não existisse tal previsão legal, esta possibilidade de participação pode ser extraída diretamente das garantias constitucionais, da expressa previsão da extensão do contraditório aos procedimentos administrativos, e da utilização do direito de petição do indivíduo, em defesa de seus direitos, dirigido no caso à autoridade policial competente.

Por fim, deve ser garantido ao indivíduo o direito à contraprova. O § 6º do artigo 159 do CPP dispõe que “havendo requerimento das partes, o material probatório que serviu de base à perícia será disponibilizado no ambiente do órgão oficial, que manterá sempre sua guarda, e na presença de perito oficial para exame pelos assistentes, salvo se for impossível a sua conservação”.

Tal cuidado deve ser independente de requerimento das partes, sempre que possível a conservação do material. A previsão do dispositivo inserido pela Lei 11.690, de 9 de junho de 2008, não é nova, já dispoendo o artigo 170 do mesmo Código que “nas perícias de laboratório, os peritos guardarão material suficiente para a eventualidade da nova perícia”.

Portanto, deve ser conferido às partes o direito de participação durante o processo de produção da prova pericial, e não somente o direito de refutar o laudo dos exames e demais

perícias anteriormente produzidas. Os pareceres dos assistentes técnicos devem ser compreendidos na perspectiva do contraditório participativo, e não simplesmente desconsiderados porque oriundos de sujeitos parciais do processo – essa perspectiva inclusive retira a validade de qualquer manifestação das partes.

O processo deve se adaptar às necessidades da apuração do conhecimento técnico-científico perseguido, não se guiando por rígidas preclusões e inflexibilidade de prazos, buscando permitir a manifestação efetiva das partes. O direito à assistência judiciária integral deve compreender o auxílio à parte hipossuficiente também em relação ao controle das provas periciais aportadas ao processo, fundamental para o seu exercício de ação ou de defesa. Por fim, deve ser assegurado às partes o direito à contraprova.

4.5. O controle do conhecimento técnico-científico

Questão relevante da prova pericial é como este conhecimento se apresenta ao juízo, ou melhor, de que forma tal conhecimento deve ser apresentado para que se possibilite seu efetivo controle.

Não basta que o perito enuncie as suas conclusões e responda as questões formuladas pelo juízo e pelas partes. É fundamental que este remeta ao método utilizado, discorra sobre a confiabilidade de tal método, aponte eventuais alternativas, e se refira ao grau de consenso que a questão apresenta na comunidade científica.

Como já tratado, as opiniões exaradas pelos peritos não vinculam o juiz, havendo expressa previsão legal de que este rejeite o laudo, ou ainda determine a realização de uma segunda perícia. Para que isso aconteça, é fundamental que as conclusões do perito sejam expostas de forma a possibilitar tal controle, e devem se estabelecer critérios para que se confira validade à este.

A prova científica apresenta-se, devido ao seu caráter de validade congnotiva, como dotada de um alto grau de confiabilidade. Isto pode lhe atribuir um peso demonstrativo superior ao das demais provas.³¹⁷ O que se requer para que as provas científicas ofereçam fundamentos racionais para a decisão sobre os fatos é uma análise judicial clara e profunda das mesmas, de acordo com parâmetros válidos de valoração.³¹⁸

Caso o conhecimento científico seja aportado ao processo de uma forma extremamente conclusiva, sem discorrer sobre a validade, e a margem de erro dos métodos e técnicas aplicadas, a tradicional afirmação do juiz como *peritus peritorum* será apenas um paradoxo sem qualquer sentido na perspectiva de uma apreciação racional do fenômeno.

A valoração de tais espécies de prova transcendem o senso comum, impondo ao juiz “conhecer a ciência”. Como observado ao se tratar do caso *Joiner v. General Electric*, o juiz não pode valer-se da escusa da carência de entendimento para evitar o exercício de sua função, determinando que este deva se debruçar com atenção sobre o caráter científico das provas produzidas.

Não pode ser exigido que o juiz seja um cientista, mas sim que tenha uma formação cultural que lhe permita realizar uma adequada valoração da validade e confiabilidade das provas científicas.³¹⁹ A forma de apresentação do conhecimento pelo *expert* assume relevância nesse ponto. Uma mera afirmação de conclusões, desprovida de justificativas é, pelo próprio conteúdo de tal conhecimento, impossível de adequado controle.

O juiz só poderá controlar tal meio de prova quando exposto ele próprio de forma racional. Uma elevada margem de erro da técnica utilizada deve ser enunciada pelo perito,³²⁰

³¹⁷ TARUFFO, Michele. *La Prueba*. op. cit. p. 293.

³¹⁸ *Idem*. p. 100.

³¹⁹ *Ibidem*. p. 295.

³²⁰ Observa TARUFFO que “*la aplicación de criterios de científicidad bastante rigurosos ha puesto en crisis al menos a dos instrumentos de investigación y prueba tradicionalmente considerados como seguros: el análisis grafológico y la comparación de huellas digitales. Las incertidumbres y los elevados márgenes de error – en todo caso, no determinables con suficiente precisión – característicos de estas metodologías, inducen a concluir que sus resultados no cuentan con validez científica en sentido estricto (por otra parte: el único sentido admisible). Aunque puedan resultar útiles para la investigación probatoria, debe excluirse que constituyan en sí mismos una prueba adecuada y atendible de los hechos del caso*”. TARUFFO, Michele. *ib.* p. 285.

possibilitando que a valoração do laudo seja feita de forma objetiva, sem casuísmos ou conclusões em virtude da confiança pessoal ou do currículo do *expert*.

4.6. A questão do Tribunal do Júri

Problema que deve ser tratado com algum grau de especificidade é a apresentação de provas periciais no Tribunal do Júri. Por diversos momentos referiu-se ao controle da prova pericial – assim como das demais provas – como um controle da racionalidade do fenômeno probatório, que tem seu ápice na valoração das provas apresentadas em juízo, através da correta e completa motivação acerca dos juízos de fato.

Isso é aplicável a todos os processos cíveis e a um grande número de processos criminais, à exceção daqueles que são submetidos ao Tribunal do Júri, visto que, na decisão dos membros do Conselho de Sentença, vige a regra da íntima convicção, inexistindo qualquer espécie de motivação deste *decisium*.

Em um processo não submetido ao Júri popular, caso admita-se a introdução, por uma das partes, de uma prova pretensamente científica ao processo, esta, em tese, submeter-se-á ao contraditório, terá sua cientificidade atacada e refutada, e será objeto de uma decisão que deverá ser racional e consistentemente fundamentada pelo juízo. Isto diminui sobremaneira a possibilidade de que esta *junky science* seja, expressamente, a base do raciocínio decisório empreendido, ou ao menos possibilita o seu controle em sede recursal.

No Tribunal do Júri tal não é a realidade. A apresentação de uma prova pretensamente científica, mesmo que refutada pela parte contrária em plenário, pode influir definitivamente na formação da convicção do jurado, a qual é íntima e desprovida de qualquer controle *a posteriori*.³²¹ Avulta na espécie a necessidade de que o juiz exerça a função de *gatekeeper*, tão mencionada na jurisprudência Norte Americana citada anteriormente, impossibilitando que tal “prova” seja levada ao debate.

³²¹ À exceção da difícil hipótese da alínea *d*, inciso III, do artigo 593 do CPP.

Seria esta uma espécie de prova cujo grau de confiabilidade é baixo, mas que pela aparência de científica que reveste, pode influir decisivamente na convicção do jurado, e assim, com o escopo de impedir a “produção de erros”, tal prova não deve ser admitida.

Uma clase muy importante de reglas de exclusión tiene como propósito evitar los errores y malentendidos que pueden ocurrir cuando el juzgador establece el valor probatorio de algunos medios de prueba específicos. Varias reglas de exclusión angloamericanas se pueden explicar por esta razón, principalmente si consideramos que el típico juzgador de los hechos es un jurado. (...)

De manera más general y mas vága, la regla 403 de las Federal Rules of Evidence de Estados Unidos estipula que los medios de prueba lógicamente relevantes pueden ser excluidos cuando su valor probatorio se vea superado por la posibilidad de que se produzcan prejuicios injustificados, confusión de resultados o induzca a error al jurado; es decir, cuando un medio de prueba pueda complicar la decisión sobre los hechos litigiosos.

Em cierto sentido, también algunas reglas de exclusión vigentes em los sistemas de civil law pueden ser interpretadas como formas de evitar errores em la decisión sobre los hechos. (...) reglas cuyo objetivo es evitar dificultades em la determinación del valor probatorio apropiado de este tipo de medios de prueba.³²²

O que eventualmente poderia não trazer maiores prejuízos caso submetido ao juiz togado, é incontrolável caso submetido ao Tribunal do Júri, o que justifica o estabelecimento de regras de exclusão desta espécie de provas, e que tais regras sejam tratadas com maior rigor no procedimento do Júri. Assim, meios de prova eventualmente relevantes podem ser excluídos, quando seu valor probatório seja superado pelos eventuais prejuízos que possam causar.

4.7. Controle na valoração da prova pericial

Por fim, a última forma de controle da prova pericial dar-se-á na observação da própria valoração desta feita pelo juízo. Já foi observado aqui que “o processo moderno tem caráter racional, assentando-se sobre uma avaliação dos fatos que deve explicitar-se em argumentações controláveis ou aceitáveis por toda a coletividade”.³²³

Isso ocorre através da formação racional de parâmetros de avaliação da prova – *estándares de prueba*. O exemplo, mencionado anteriormente, dos critérios para avaliação do

³²² TARUFFO, Michele. *La Prueba*. op. cit. pp. 49-50.

³²³ GRECO, Leonardo. *O Conceito de Prova*. op. cit. p. 431.

exame de DNA ilustram a questão. Em virtude do alto grau de confiabilidade conferido à tal meio de prova, foi realizada uma construção, doutrinária e jurisprudencial, de que esta não pode ser suplantada por outros meios, e em caso de colidência, deve se determinar a realização de um novo exame.

Isso prestigia a prova científica, não com base em uma mistificação deste conhecimento, e sim através da correta apreciação do quanto pode esta contribuir, no processo, para seu objetivo, a busca da verdade. A conclusão em sentido contrário, por exemplo a de que o exame de DNA pode ser suplantado por uma prova testemunhal, pura e simplesmente, não seria válida se adotada uma perspectiva de racionalidade.

O exercício do controle da valoração de tais meios de prova impõe um maior cuidado com a já referida fundamentação das decisões judiciais. As exigências aqui apontadas, a coerência do discurso, a obrigatoriedade de se levar em consideração, analisando e refutando-se expressamente as alegações das partes são reforçadas para a correta apreciação de tais elementos probatórios.

A utilização das tradicionais fórmulas genéricas, que extraem suas conclusões do “conjunto dos elementos de prova” retiram qualquer perspectiva racional da atividade, reiterando a necessidade de que cada fato relevante seja avaliado e fundamentado especificamente, para dotar as partes e à sociedade de possibilidade real e efetiva de exercer o controle sobre a observância do contraditório, e o atendimento às exigências da valoração consistente do material probatório pelo juízo.

A prova pericial, especialmente a científica, pode representar um instrumento de extrema importância para que o processo consiga descobrir a verdade, possibilitando a adoção de uma decisão justa. A sua má utilização, a adoção de parâmetros irracionais e inconsistentes na sua valoração, pelo contrário, tende a perpetuar o arbítrio e a injustiça.

O elevado grau de importância de tais meios de prova é uma tendência que não parece esgotada, e é lícito pensar-se que muitas das questões que hoje são apresentadas como controvertidas, insuscetíveis de uma apuração consistente, não o serão no futuro. O processo,

como instrumento de racionalidade e justiça adotado pela coletividade deve estar preparado para tanto.

5. Conclusão

O Estado Democrático é consagrado no artigo 1º da Constituição da República, representando a síntese histórica dos conceitos de democracia e constitucionalismo. A afirmação da democracia agrega ao Estado liberal o elemento da participação popular como legitimador e conformador do exercício do poder, multiplicando-se os instrumentos que permitem tal participação em uma série de poderes e esferas estatais.

O constitucionalismo moderno é representado no conceito de supremacia da Constituição, impondo que nenhum ato de poder pode subsistir na ordem jurídica se incompatível com os direitos e garantias elencados nesta.

O princípio do contraditório é representação do princípio político da participação democrática, caracterizando que ninguém pode ser atingido na sua esfera de interesses sem que tenha tido possibilidade de influir eficazmente nesta decisão. O contraditório, histórica garantia dos processos judiciais foi estendido aos procedimentos administrativos, em decorrência de expressa previsão constitucional.

A tradicional concepção do princípio, que remetia-se à necessidade de informação, e possibilidade de manifestação, apesar de subsistente não é mais suficiente. Ao contraditório formal agrega-se o elemento substancial, transformando-o em verdadeiro direito de influenciar na decisão. Além disso, reflete a concepção democrática do processo, ao estabelecer uma estrutura dialética, prévia e necessária à tomada da decisão.

No processo penal, em virtude da indisponibilidade do direito individual em jogo, o contraditório não contenta-se com a mera possibilidade de manifestação, exigindo que seja exercido de forma efetiva. Como dado essencial do processo, o princípio informa uma série de outros institutos do processo, como a fundamentação das decisões judiciais e o direito à prova.

Uma concepção de direito processual que o considere uma garantia do indivíduo contra pretensões arbitrárias e injustas, faz com que a motivação das decisões judiciais assuma a função de salvaguarda, da necessária demonstração de que a racionalidade predominou sobre o poder. No caso do direito processual penal, tal modelo não admite imposição de pena sem que os fatos sejam verificados através de uma prova empírica, levada pela acusação a um juiz imparcial em um processo público, contraditório, com amplitude de defesa e mediante um procedimento legalmente preestabelecido.

A instrumentalidade do processo penal apresenta caráter mais destacado do que nos processos não penais. Isto porque, o processo é a única forma de satisfação da pretensão – *nulla poena sine iudicio*. Além disso, em virtude da indisponibilidade do interesse em jogo, tal instrumentalidade apresenta uma conformação mais substancial.

O respeito às garantias do indivíduo submetido a persecução é condição mesma para o exercício da jurisdição penal, e sua própria fonte de legitimação.

A necessidade de motivação das decisões está consagrada na Constituição, tendo extrapolado o âmbito dos processos judiciais, sendo aplicada a todo processo administrativo que tenha caráter decisório. A concepção tradicional da garantia à associava basicamente a funções endoprocessuais: conhecimento das razões de decidir do julgador pelas partes; possibilitar o acesso aos órgãos recursais.

A concepção moderna agrega o elemento extraprocessual, possibilitando o controle, pela sociedade, das razões do julgado, caracterizando uma construção democrática do exercício da jurisdição. A própria Constituição atribui sanção de nulidade às decisões não fundamentadas. O objetivo da garantia é o controle da racionalidade da decisão, o que significa a correta interpretação dos fatos e o respeito à legalidade.

Para que uma decisão seja considerada fundamentada esta deve ser completa e coerente. A coerência se relaciona, primeiramente, a própria racionalidade interna do discurso justificador da decisão. Por completa deve-se entender que é obrigatório a consideração dos argumentos levantados pelas partes, refutando-os expressamente se for o caso, o que demonstra o respeito ao

contraditório participativo. Através da motivação verifica-se a observância do contraditório, do exercício do direito de defesa, e a correta valoração dos elementos probatórios.

O processo é um instrumento de pacificação social que não contenta-se com a produção de qualquer decisão, estando necessariamente orientado à obtenção de decisões justas. Toda e qualquer pretensão levada ao Judiciário tem por base uma questão de fato. Para a justiça da decisão, além da correta aplicação da lei, é fundamental que estabeleça-se a fiel reconstrução dos fatos relevantes.

O direito probatório, por ser o instrumento de que dispõe o processo para a reconstrução dos fatos relevantes, assume papel central para possibilitar a prolação de decisões justas. A prova não é um fenômeno exclusivo do mundo do direito, e sim instrumento de reconstrução racional dos fatos utilizada pelo ser humano em todos os ramos de conhecimento que necessitam dessa informação.

Já que não há uma distinção ontológica entre o fenômeno probatório que ocorre no processo e o externo à este, também não pode-se afirmar a existência de distinção entre a prova civil e a prova penal. Podem haver diferenças de grau, mas não em substância.

O primeiro conjunto de teorias que negam a possibilidade da descoberta da verdade no processo, podem ser agrupadas sobre o signo da negação da possibilidade de descoberta de qualquer espécie de verdade, em qualquer ramo de conhecimento. A contingência do conhecimento humano faria com que qualquer verdade absoluta seja inalcançável.

Em contrapartida, argumenta-se que a discussão acerca da descoberta de uma verdade absoluta ocorre em um plano extremamente teórico, que pouco influi no processo. A impossibilidade de descoberta de tal verdade absoluta não tem o condão de desvirtuar a verdade alcançada pelo conhecimento humano, tal como existente.

A adoção de uma das muitas teorias que podem agrupar-se sobre a rúbrica do realismo leva à possibilidade teórica da busca da verdade, partindo-se da premissa de que o mundo externo existe em sua realidade empírica. É possível adotar, o que é suficiente para os fins do

processo, um conceito de verdade como correspondência, evitando qualquer implicação metafísica na questão.

Um segundo conjunto de teorias que advogam a impossibilidade de tal descoberta partem de considerações ideológicas, afirmando que esta não é o fim do processo, e que a tentativa poderia prejudicar a marcha processual e impedir a prolação de uma decisão.

Em oposição à esta concepção afirma-se que a descoberta da verdade é ideologicamente oportuna, já que o processo deve se orientar necessariamente para a produção de decisões justas, e a correta apreensão da base fática da pretensão é uma premissa para tal justiça.

Aqueles que alegam a impossibilidade prática da obtenção da verdade no processo afirmam que o juiz não teria os instrumentos cognoscitivos para tanto, tampouco o tempo ou a liberdade de investigação.

Remetendo à concepção da prova como comum aos diversos ramos do conhecimento que operam com a reconstrução dos fatos, refuta-se tal posição, afirmando-se que a existência de regras e demais limitações probatórias não é, em si, um elemento impossibilitador da descoberta da verdade. Limitações e regras existiriam em diversos ramos da ciência, o que não descaracterizaria as conclusões destas, quando utilizados os meios adequados para tanto.

A afirmação de tal possibilidade prática implica a necessidade de que o processo utilize os mesmos esquemas e regras das demais atividades que desenvolvem-se à margem do direito e que também tenham como objetivo a averiguação dos fatos.

Outra orientação afirma a irrelevância da verdade para os fins do processo, tendo duas variações. A primeira interpreta o processo e as atividades que desenvolvem-se neste como absolutamente retóricas, um jogo persuasivo, voltado para o convencimento de determinado indivíduo. A segunda baseia-se na aplicação de métodos e modelos semióticos aos problemas jurídicos. Considera-se o processo como um espaço em que produzem-se diálogos e elaboram narrações. A determinação do significado seria produzida dentro do próprio discurso elaborado, desvinculado de qualquer realidade empírica.

Tais posições desvinculam o discurso da realidade, desconsideram a busca de qualquer correspondência entre os fatos narrados e os ocorridos, transformando o processo em mero jogo, desprovido de qualquer perspectiva de justiça.

Pode-se apontar quatro teorias sobre a finalidade da prova no processo. A primeira trata a prova como *nonsense*, algo que na realidade não existe, cumprindo esta apenas um papel ritual, para possibilitar a crença da coletividade de que o processo possa descobrir a verdade, objetivando a manutenção da coesão social.

A segunda afirma a finalidade da prova como fixação dos fatos controvertidos no processo, sendo característica do sistema das provas tarifadas e apresentando uma visão limitada do fenômeno probatório, ao não abordar como produz-se a convicção.

A terceira trata a prova como instrumento de persuasão, cuja aptidão seria a de produzir o convencimento em um determinado sujeito, sendo decorrência das concepções narrativas ou semióticas do processo. Partem da premissa de que a verdade seria uma noção ontológica, que referiria-se ao fato ou a coisa em si mesma, e esta nem sempre manifestar-se-á no processo. Assim, o fim da prova seria a produção no juiz da certeza ou convencimento acerca dos fatos a que ela refere.

Várias críticas são dirigidas à tal concepção. A primeira é que esta representa uma concepção irracional da prova, ao tratar o fenômeno probatório como voltado à produção de um dado estado mental em um determinado sujeito. Além disso, abordaria apenas um aspecto – a forma como os advogados utilizam-se da prova no processo – para atribuir ao inteiro fenômeno probatório tal característica, sendo inconsistente porque não consegue determinar quando a prova consegue atingir tal persuasão, não conseguindo elaborar uma distinção entre o que seja prova e o que carece de qualquer eficácia probatória.

Retrataria ainda uma concepção arbitrária, porque ao tratar a formação de um juízo contingente, individual e limitado de certeza, como objetivo de toda a atividade probatória, confere poderes quase que ilimitados ao juiz.

A quarta concepção trata a prova como um fenômeno demonstrativo, um instrumento de conhecimento, partindo da compreensão de que o processo deve orientar-se para a reconstrução da verdade dos fatos. Esta teoria dá uma dimensão racional ao fenômeno probatório, atribuindo-lhe uma função específica no processo, oferecer elementos para a eleição racional da versão dos fatos que possa ser definida como verdadeira.

Os conceitos de prova expostos pela doutrina tem como base estas concepções anteriormente descritas. Aqueles que alinham-se às concepções retórico-persuasivas, exporão conceitos que terão como base a formação do convencimento do juiz. Em contrapartida, um conceito de prova que a observe como um fenômeno demonstrativo necessariamente apresentará como elementos fundamentais a verdade, a demonstração, ou a existência.

Apontam-se três sistemas de avaliação das provas: o sistema da livre, ou íntima convicção; o sistema da prova tarifada; o sistema da persuasão racional, ou livre convencimento motivado. O sistema da íntima convicção existente na Antiguidade prescindia, em regra, de qualquer motivação acerca dos elementos fáticos da decisão. A prova tarifada, por sua vez, se caracteriza como uma técnica que estabelece *a priori*, com base em um comando geral e abstrato, o valor e peso de cada específico meio de prova, e teve, na sua origem, a característica de reação ao arbítrio judicial existente quando da adoção da íntima convicção.

O livre convencimento motivado dá ao julgador a prerrogativa de valorar os elementos probatórios do processo sem estar vinculado a estritos critérios legais que predeterminem o valor de cada meio de prova, ou de cada prova em concreto.

Tradicionalmente afirma-se que o livre convencimento não é propriamente livre, não significando arbítrio e submetendo-se as regras da lógica, às máximas de experiência e à racionalidade. Tais critérios são vazios de conteúdo ao adotar-se uma concepção retórica da prova. Somente a visão desta como fenômeno demonstrativo possibilita a submissão da valoração à racionalidade.

O direito à prova pode ser considerado decorrência das garantias processuais constitucionalmente previstas, seja do direito de ação, do devido processo legal, da ampla defesa,

ou ainda do direito ao contraditório participativo. Também é garantido pela Convenção Americana de Direitos Humanos. Este direito não é apenas decorrente de tais garantias constitucionais citadas, sendo integrante e conformador das mesmas.

Tal direito garante às partes o direito de apresentarem as provas que julgam necessárias para fazer prevalecer a sua pretensão, exigindo que o juiz leve em consideração as provas produzidas, devendo valorá-las e incorporá-las ao seu raciocínio decisório. Representa também o direito das partes de se valer dos meios de prova previstos em lei, e dos moralmente legítimos, caso não previstos.

A prova pericial pode ser definida como aquela que, mediante a realização de exames, vistorias ou avaliações por pessoas portadoras de conhecimentos científicos, técnicos ou especializados, apuram-se ou interpretam-se fatos cujo esclarecimento dependa de tais conhecimentos. O avanço do conhecimento técnico-científico nas últimas décadas aumentou a importância deste meio de prova.

Nem toda prova pericial é prova científica, por vezes remetendo-se a conhecimentos técnicos, que não podem caracterizar-se como ramos da ciência. Provas estatísticas são métodos empíricos de observação de fatos que revelam coincidências, permitindo que extraia-se da existência de uns a provável existência de outros, mas que não necessariamente consegue demonstrar a exata ocorrência do fato.

A não vinculação do juiz à perícia é um princípio de avaliação das provas comum às famílias da *common law* e da *civil law*, consagrado expressamente no ordenamento pátrio. Porém, é inegável que tal prova exerce uma influência significativa na formação da decisão judicial. A invocação genérica da possibilidade do juízo desconsiderá-la não apreende a realidade do fenômeno.

Tal meio de prova ocupa uma função específica no processo, devendo sua admissibilidade e valoração dar-se no contexto de uma experiência racional, necessitando, portanto, de um alto grau de controlabilidade do discurso científico aportado ao processo,

transformando a aceitação ou rejeição do laudo não em uma experiência acrítica ou íntima, mas em uma valoração racional do conhecimento aportado.

O exame de DNA, por sua larga utilização, e alto grau de confiabilidade é o mais relevante exemplo da utilização de conhecimento científico no processo. Em uma perspectiva racional da valoração da prova tal alto grau de confiabilidade não pode ser ignorado. Quando outros meios de prova apresentam divergência com o exame de DNA produzido, deve realizar-se outro exame, com o fim de dirimir tal dúvida, mas não deve-se afastar o resultado do teste em decorrência de tais provas divergentes. Em contrapartida isto demonstra a necessidade de efetivo controle da correção na realização do exame, impondo que o juiz deva fazer uso do conhecimento científico com o mesmo rigor do cientista.

A jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana tem exemplos extremamente relevantes no trato da questão das provas científicas. O chamado *Daubert Case* é considerado um marco, significando profunda mudança de paradigma no tocante à admissibilidade da prova científica na jurisprudência americana. Considerou-se que admissibilidade das provas não deveria basear-se unicamente na majoritária compreensão da comunidade científica, devendo também verificar-se a controlabilidade e falsibilidade da teoria ou da técnica; o percentual de erro notório ou potencial; o respeito pelos padrões relativos à técnica empregada; a circunstância de que a teoria ou a técnica em questão tenha sido objeto de publicação.

No caso *Joiner v. General Electric* afirmou-se que a prova científica não deve ser apenas relevante, devendo ser também confiável. Observou-se, também, que juiz não poderá se valer da escusa de carência de entendimento para não exercer a tarefa de *gatekeeper*, afirmando-se que quando lei e ciência interpenetram-se, essa função deve ser exercida com especial atenção.

Em *Kumho Tire v. Carmichael*, ressaltou-se que as conclusões acerca da prova pericial obtidas no caso *Daubert* são aplicáveis não somente ao testemunho baseado em conhecimento científico, mas também sobre conhecimentos técnicos, reafirmando-se que os critérios estabelecidos no Caso *Daubert* não representam um rol taxativo, tão-somente medidas razoáveis de confiabilidade.

A indicação dos peritos é um primeiro momento de controle sobre a prova pericial. O grau de conhecimento técnico-científico adequado é fundamental para a correta realização da perícia, devendo conferir-se, às partes e ao juízo, os instrumentos adequados para realizar tal verificação da qualificação do *expert*. Os peritos oficiais devem ser escolhidos em processo seletivo idôneo e tecnicamente adequado para a função que pretendem exercer, além disso devem ter acesso aos meios de trabalho que possibilitem a correta realização de seu mister. A indicação individual e personalíssima dos peritos prejudica a correta avaliação do juízo acerca do laudo produzido.

Para a precisa controlabilidade da indicação do perito, e do conhecimento aportado ao processo, deve o objeto da perícia estar suficientemente delineado, sendo equivocado a determinação de perícias genéricas sobre determinadas áreas de conhecimento. Em caso de perícia complexa, que envolva mais de uma área de conhecimento, devem ser indicados mais de um *expert*.

O pleno exercício do contraditório é um eficaz meio de apuração da correção do procedimento da prova pericial. As dificuldades inerentes ao aporte de tal conhecimento ao processo impõem um contraditório flexível, com prazos determinados em virtude das características do caso concreto, e sem um rígido esquema de preclusões. O papel dos assistentes técnicos deve ser valorizado. Mais importante do que a posição processual de quem apresenta o conhecimento técnico-científico ao processo é a correção deste. Por isso, este deve poder ser eficazmente controlado pelo juízo.

Não é factível a exigência de que o juiz seja um cientista, mas deve este ter uma formação cultural adequada, que permita-lhe realizar uma correta valoração da validade e confiabilidade das provas científicas. O juiz só poderá controlar tal meio de prova quando exposto ele próprio de forma racional. Ao aportar o conhecimento técnico-científico ao processo, é dever do *expert* o fazer de forma que possibilite a real efetivação de seu controle, discorrendo sobre os métodos e técnicas aplicadas, a margem de erro destas, assim como o grau de confiança que a questão possui na comunidade científica, objetivando a adoção de parâmetros gerais e racionais de valoração de tais espécies de prova.

A apresentação das provas no Tribunal do Júri, em virtude da íntima convicção que rege o julgamento dos jurados, deve ser objeto de delimitações específicas. É necessário que o juiz exerça a função de *gatekeeper*, tão presente nas preocupações da jurisprudência Norte Americana. Assim, apesar da liberdade dos meios de prova, verifica-se possível a exclusão do debate de provas as quais, ainda que pretensamente científicas, tenham um grau de confiabilidade baixo, com o intuito de prevenir a ocorrência de erros.

A prova pericial, especialmente a científica, pode representar um instrumento extremamente importante para o desvelo da verdade, possibilitando a justiça da decisão. O processo deve estar preparado e adequar-se à esta realidade.

BIBLIOGRAFIA

ABELLÁN, Marina Gascón. *Freedom of proof? El Cuestionable Debilitamiento de la Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita*. In: *Estudios Sobre la Prueba*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Tradução: Luís Afonso Heck. In: **Revista de Direito Administrativo** nº 217. Rio de Janeiro. Renovar: jul./set. 1999.

_____. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. In: **Revista de Direito Administrativo** nº 217. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 1999.

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

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação Entre Acusação e Sentença**, 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil, vol. I**, 13ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Eficácia e Efetividade do Direito à Liberdade. In: **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, vol. V, Direito Constitucional. Coord.: Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La Valoración de la Prueba: Verdad de los Enunciados Probatorios y Justificación de la Decisión*. In: *Estudios Sobre la Prueba*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

_____. *Los estándares de prueba en el proceso penal español*. Disponível em www.uv.es/CEFD/15/ferrer.pdf. Acesso em 08/01/2010.

_____. *Prueba y verdad en el derecho*, 2ª edição. Madri: Marcial Pons, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Org.: Michelangelo Bovero; trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

CABRAL, Antônio do Passo. **Nulidades no Processo Moderno: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CAMBI, Eduardo. **A Prova Civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Neoprivatismo e neopublicismo a partir da Lei 11.690/08. In: **Revista de Processo** n° 167. Ano 34. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./2009.

CARVALHO, Salo de. Cinco Teses Para Entender a Desjudicialização Material do Processo Penal Brasileiro. In: **Revista de Estudos Criminais**, 2004, n° 14. Porto Alegre. Notadez.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil, vol. III**, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1965.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O princípio do Juiz Natural na CF/88: ordem e desordem. In: **Revista de Informação Legislativa** n° 179. Ano 45. Brasília: jul./set. 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, 23ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **O Poder dos Juízes**, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 22ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A fundamentação das Decisões Jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. In: **Processo e Constituição**. Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira, 1ª edição. Coordenadores: Luiz Fux, Nelson Nery Jr., Teresa Celina Arruda Alvim Wamber. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil, vol. 1**, 12ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2010.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil, vol. 2**, 5ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil, vol. I**, 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil, vol. III**, 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

ECHANDÍA, Hernando Devis. **Compendio de La Prueba Judicial, Tomo I**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2007.

_____. **Compendio de La Prueba Judicial, Tomo II**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2007.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Embargos de Declaração: Importância e Necessidade de sua Reabilitação. In: **Meios de Impugnação ao Julgado Civil**. Estudos em Homenagem à José

Carlos Barbosa Moreira. Coordenador: Adroaldo Furtado Fabrício. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**, 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERNANDES, José Henrique Lara. O Devido Processo Legal e a Fundamentação das Decisões Judiciais na Constituição de 1988. In: **Direito Processual e Direitos Fundamentais**. Org.: Leonardo Greco; Fernando Gama de Miranda Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**, 2ª edição. Trad.: Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Princípios gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal. Projeto nº 156/2009 do Senado Federal. In: **Revista de Informação Legislativa** nº 183. Ano 46. Brasília: jul./set. 2009.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil, vol. I**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Instituições de Processo Civil, vol. II**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. Limitações Probatórias no Processo Civil. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, volume IV. Disponível em www.redp.com.br.

_____. Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo. In: **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2005.

_____. A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil. In: **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2005.

_____. Um Difícil Mister. In: **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2005.

_____. O Conceito de Prova. In: **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2005.

_____. O Acesso ao Direito e à Justiça. In: **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2005.

_____. O Princípio do Contraditório. In: **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**, 11ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure: an introduction*. Yale University: 1993.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. **Valoração da Prova e Sentença Penal**. Org.: Lédio Rosa de Andrade. Tradução: Lédio Rosa de Andrade e outros. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Os Standards do Convencimento judicial: Paradigmas para o seu Possível Controle**. Disponível em www.abdpc.org.br. Acesso em 01/12/2009.

LAGIER, Daniel González. *Argumentación y Prueba Judicial*. In: *Estudios Sobre la Prueba*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

LOPES JR., Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional, vol. I**, 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional, vol. II**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Introdução Crítica ao Processo Penal**, 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 263-264.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil, vol. 1**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____; ARENHART, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil, vol. 2**, 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal, vol. I**, 1ª edição. Campinas: Bookseller, 1998.

_____. **Elementos de Direito Processual Penal, vol. II**. Campinas: Bookseller, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 17ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 102-103.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Alguns Problemas Atuais da Prova Civil. In: **Temas de Direito Processual**, Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. A Motivação das Decisões Judiciais como Garantia Inerente ao Estado de Direito. In: **Temas de Direito Processual**, Segunda Série, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Prueba y Motivación de La Sentencia. In: **Temas de Direito Processual**. Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. As Presunções e a Prova. In: **Temas de Direito Processual**. Primeira Série. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. O Neoprivatismo no Processo Civil. In: **Temas de Direito Processual**. Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Julgamento e Ônus da Prova. In: **Temas de Direito Processual**, Segunda Série, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1989.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**, 15ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Livre Apreciação da Prova: Perspectivas Atuais**. Disponível em www.abdpc.org.br. Acesso em 01/12/2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 7ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PISANI, Andrea Porto. *Chiose sul diritto alla prova nella giurisprudenza della Corte costituzionale*. In: **Revista de Processo** n° 176. Ano 34. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./2009.

PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório. **A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Limite Às Intercepções Telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**, 2º volume. São Paulo: Saraiva, 2000.

TARUFFO, Michele. *Considerazioni su Prova e Motivazione*. In: **Os Poderes do juiz e o Controle das Decisões Judiciais**. Coord.: José Miguel Garcia Medina et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **La Prueba**. Trad. Laura Manríquez, Jordi Ferrer Beltrán. Madri: Marcial Pons, 2008.

_____. **La Prueba Científica en el Proceso Civil**. In: **Estudios Sobre la Prueba**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

_____. **La Prueba de los Hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Madri: Trotta, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, vol. 1**. 26ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Processo Penal, vol. 3**. 26ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Processo Penal, vol. 4**. 25ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**, 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.