

## 4

### Valoração racional do conjunto probatório, decisão judicial e motivação

O fim do trabalho se aproxima e até aqui já se fez algumas defesas. É possível retomá-las. No capítulo inicial afirmou-se a verdade como correspondência com um mundo exterior, mas fez-se a ressalva de que não se pensa numa verdade absoluta (esta sendo realocada a um ideal regulativo a ser perseguido), porquanto são sabidas suas limitações – tanto relativas a uma verdade totalmente cognoscível quanto com respeito às limitações do sujeito que a pretende conhecer.<sup>206</sup> A isso, seguiu-se a afirmação de que também no contexto processual há uma preocupação cognitiva estrutural, em razão de que a determinação correta dos fatos é uma condição necessária – sabe-se, no entanto, nunca suficiente – para que os efeitos jurídicos sejam adequadamente atribuídos e, assim, a norma e, em última instância, o direito, possam continuar a cumprir sua tarefa de oferecer motivações para as condutas de seus destinatários.<sup>207</sup> Mas se a verdade é um dos propósitos processuais, não chega a ser o único. Daí a presença de regras não e contra-epistemológicas, as quais objetivam salvaguardar outros interesses, como a razoável duração do processo e os direitos fundamentais reconhecidos por um ordenamento jurídico em questão. Contudo, a admissão da verdade como importante ao processo, isto é, da determinação correta dos fatos, não resolve, por si só, as inquietudes epistemológicas que acometem aos julgadores no momento da decisão. Há modos e modos de se interpretar o que seja a determinação da verdade dos fatos. Foi do que se tratou no capítulo anterior, sob o nome de sistema da prova legal,<sup>208</sup> que não fazia outra coisa senão sujeitar a critérios jurídicos o momento das conclusões cognitivas advindas da produção probatória, ou da livre convicção entendida como convicção íntima,<sup>209</sup> que tornava incontrolável o momento da valoração das provas, confundindo-o com sua mera produção. O que há em comum em ambos os modelos, assim como nas ordálias, é o mascaramento da natureza indutiva do raciocínio empreendido pelo julgador, isto é, que dele se extrai conseqüências prováveis, nunca conclusivas.

---

<sup>206</sup> Recorde-se do item 2.3.

<sup>207</sup> Item 2.4.1.

<sup>208</sup> Item 3.4.2.2.

<sup>209</sup> Item 3.4.2.3.

Por isso, chegou-se aqui. Mesmo indutivamente, o julgador pode realizar sua tarefa mediante critérios racionais. Em poucas palavras, a falta de certeza absoluta não se configura como um sinônimo de um agir irracional. Daí a defesa da valoração racional da prova, segundo o método da *corroboração de hipóteses*, objeto do próximo item.

#### 4.1. A corroboração de hipóteses

Através da corroboração de hipóteses objetiva-se determinar qual dentre as hipóteses trazidas ao processo guarda mais probabilidade de ser verdadeira, isto é, de se corresponder com a realidade do(s) fato(s) exterior(es) objeto(s) da lide. Por outros termos, busca-se avaliar a *confiabilidade* de uma inferência que vai de uma proposição a outra em contextos não afeitos à lógica dedutiva.<sup>210</sup> Assim, quando inexistem elementos probatórios em favor de uma hipótese não se conclui mecanicamente por sua falsidade. Continua sendo possível que a hipótese se corresponda com a realidade, mas isso não pode ser inferido a partir das provas produzidas. Daí a recomendação de que seja conformado o conjunto de elementos o mais rico possível na fase que antecede à valoração; do contrário enfrenta-se-á maiores riscos de situações de insuficiência de provas e a necessidade de se recorrer às regras de ônus ou presunções relativas, haja vista a premência da decisão.

Mas como se pode concretizar a corroboração de hipóteses? Antes, uma passada a uma questão que lhe é prejudicial: a *credibilidade das provas*.<sup>211</sup> Porque de nada adianta primar por um raciocínio criterioso a ser realizado pelo julgador no que tange às conclusões a que está logicamente autorizado a chegar se não se cuida da qualidade das premissas que lhe servem de base. Sendo assim,

<sup>210</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. p. 123.

<sup>211</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. p. 125. E também, TARUFFO, Michele. *La prueba*. pp. 139-140: “El primer paso de establecer la conexión entre pruebas y hechos consiste en valorar la credibilidad de cada medio de prueba. El juzgador tiene que determinar si las personas que fueron interrogadas como testigos tienen credibilidad y si una prueba documental, real o demostrativa es auténtica. Establecer la credibilidad de una prueba puede requerir llevar a cabo valoraciones complejas; por ejemplo, cuando la veracidad de un testimonio es dudosa y tiene que ser verificada sobre la base de datos acerca del comportamiento del testigo en el curso del interrogatorio, o de su relación peculiar con la causa. En tales circunstancias, puede suceder que otros medios de prueba acerca de la persona del testigo sean necesarios para lograr una valoración bien fundamentada de su credibilidad. Ese juicio – a su vez – puede ser complejo y basarse en un conjunto de otros medios de prueba.”

importa sempre o exame se o testemunho é ou não confiável (“ouvuiu” muito de longe a ameaça; estava sem óculos mas tem “certeza” de que se tratava de Fulano, tem interesse na causa ou não), se o documento é forjado, ou seja; se dessas provas é mesmo possível extrair algo que tenha a pretensão de corresponder-se com a realidade dos fatos.

Superada a credibilidade das provas, é certo dizer que a corroboração busca chegar à hipótese mais provável criando circunstâncias que a diferencie das hipóteses concorrentes. *Falseamento e refutação*.<sup>212</sup> A hipótese que sobreviver a essas operações será, enfim, a mais provável. Buscando o esclarecimento dessas afirmações, alguns exemplos podem ser examinados.

O primeiro deles de fato ocorreu.<sup>213</sup> Entre os anos de 1844 e 1848, o médico Ignaz Semmelweis investigou sobre as possíveis causas dos altos níveis de morte por febre puerperal na maternidade em que trabalhava (1844: 8,2%; 1845: 6,8%, 1846: 11,4%) se comparados aos óbitos resultantes da mesma doença nas outras maternidades (1844: 2,3%; 1845: 2,0%; 1846: 2,7%). A primeira hipótese levantada foi a de que a febre era causada por “influências epidérmicas”, que se estendiam por cidades inteiras. Mas essa hipótese cedeu frente ao fato de que as unidades adjacentes foram afetadas de modos muito distintos pela epidemia. Então se procedeu à elaboração de uma comissão designada para investigar o caso, da qual surgiu a hipótese de serem os estudantes com pouca experiência e conhecimentos obstétricos os causadores da elevada mortalidade. Se essa hipótese fosse verdadeira, bastaria o afastamento desses estudantes para que as ocorrências de morte também baixassem. Mas isso não se deu. Ou seja, também a hipótese de os estudantes serem a causa teve de ceder. A isso, passou-se à análise da hipótese de ser o sino do padre o causador da febre e dos conseqüentes índices de mortalidade, em função da angústia da proximidade

<sup>212</sup> Juan Igartua Salaverría faz menção a três estágios da atividade jurisdicional, tendo como foco a análise das hipóteses (isto é, as teses das partes antes guardam um valor inicial de apenas hipóteses; podem ser verdadeiras ou não). 1. A primeira fase é a verificação de hipóteses, se não houver provas que as corroborem, nem é preciso ir além; 2. Apresentadas provas, dá-se o momento do falseamento (falsación), analisando as provas que refutam a hipótese. Se se logra refutá-la, ela deve, ou ser modificada, ou abandonada. 3. Mas pode ser que ela supere o falseamento. Aí, um terceiro momento: a hipótese que sobreviveu não é a única, isto é, uma outra hipótese também passou pelo crivo do segundo estágio. O juiz então deverá, num terceiro momento *decantar* a hipótese mais provável. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. p. 146.

<sup>213</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. pp.129-130.

com a morte que o sino fazia surgir. Mas também essa hipótese não sobreviveu, pois o padre passou a fazer outros caminhos excluindo os corredores da maternidade de seu roteiro na tarefa de alentar seus moribundos. Finalmente, Semmelweis chega à hipótese que se mostrará correta: um médico se cortou com instrumento utilizado nas autópsias e, com o passar de alguns dias, veio a falecer. Imagina então que o elevado índice de óbito das mulheres que acabaram de dar à luz pode se dever ao fato de serem operadas com instrumentos contaminados pela autópsia. Se essa hipótese estiver certa, a inserção de mecanismos de desinfecção do instrumental utilizado em autópsias assim como do pessoal a que cumprem ambas as atividades (obstétrica e autópsia) fará baixar o número de mortes – previsão. Em 1848, a mortalidade da Maternidade de Semmelweis caiu para 1,27%, após a adoção de mecanismos de desinfecção dos instrumentos e profissionais.

Um exemplo do contexto jurídico.<sup>214</sup> Suponha-se que a polícia tenha sido alertada por um alarme anti-roubo de uma casa. Lá chegando, depara-se com um sujeito no jardim, sendo o mesmo detido. Inspecionada a casa, comprova-se que foram furtadas jóias muito valiosas que estavam guardadas num esconderijo do quarto do casal. Se a hipótese de que o homem do jardim é culpado estiver correta, ainda estarão em seu poder as mencionadas jóias – uma previsão lógica. Pois bem, a revista é realizada e de fato as jóias se encontram nos bolsos do sujeito. Essa prova claramente corrobora a hipótese de que o sujeito do jardim é o culpado pelo furto. No entanto, o detido faz uso de uma outra hipótese: ele é jardineiro da casa e, quando ouviu o alarme foi em sua direção para ver o que acontecia; ao ver as jóias caídas no chão as recolheu para devolvê-las à dona tão logo a visse. A previsão de as jóias estarem sob poder do suspeito é compatível com as duas hipóteses (culpado, inocente). Até aqui, não é possível decidir-se racionalmente por uma ou outra. A preferência por uma das alternativas não pode ser estabelecida segundo critérios racionais. Contudo, se a hipótese de que seja culpado estiver correta, dado que não carregava luvas, nem foram encontradas luvas jogadas no jardim, pode haver impressões digitais suas no quarto dos proprietários – outra previsão. Se ela se cumprir, já será possível eleger uma dentre as hipóteses.

---

<sup>214</sup> Exemplo utilizado por Jordi Ferrer Beltrán. *La valoración racional de la prueba*. p. 135.

Os exemplos trazidos servem para aclarar algumas características da corroboração. Há sempre uma *previsão* que desempenha uma dupla função: descarte de uma hipótese + suporte de outra hipótese. Não se terá nunca a certeza absoluta de que a hipótese vencedora é mesmo verdadeira. Ainda que uma hipótese “H” disponha de grande apoio indutivo, sempre haverá a possibilidade de que uma hipótese diversa “J” preveja o mesmo resultado (como as jóias em poder do detido, compatível tanto com “H”, sendo H culpado, como com “J”, sendo J inocente). O importante é que a valoração em questão esteja justificada com base no estado atual de conhecimento (elementos de prova produzidos no processo), isto é, que o grau de conhecimento que se tem ao dispor no momento da valoração não permita que se chegue à mesma previsão via hipótese “J”, mas tão-somente por “H”. “J” seria, ao tempo da valoração, inexplicável, inatingível.

“A comprovação do cumprimento da previsão se converte num novo elemento de juízo para o processo, uma nova prova para o processo, que se incorpora ao processo e introduz um novo fato (predito e cumprido) como dado que se acumula aos já existentes. As hipóteses sobreviventes, se são mais de uma, deverão ser compatíveis com esse novo dado e os já existentes anteriormente. Para aumentar a corroboração das hipóteses sobreviventes deverá se realizar alguma nova previsão que permita eliminar alguma delas (por não ser compatível ou não poder explicar o fato previsto), e assim sucessivamente. Quanto mais passos desse tipo se haja dado e mais hipóteses rivais tenham sido eliminadas (falseadas), maior será a corroboração da(s) hipótese(s) sobrevivente(s).”<sup>215</sup>

#### 4.2.

#### **Prova direta, prova indireta e máximas da experiência**

A tarefa de determinar qual a hipótese mais provável pode ser bastante complexa. Isso, porque uma hipótese pode ser composta por uma pluralidade de alegações sobre os fatos. Observe-se o exemplo das jóias: se se toma a hipótese do suspeito inocente, vê-se ser composta por 1) alegação de que não furtou as jóias, 2) de que é jardineiro, 3) de que é jardineiro e recolheu as jóias quando foi atraído à casa em função do alarme. Sendo assim, existem fatos secundários, inicialmente desimportantes juridicamente e há o fato principal, pelo que o direito se interessa precipuamente, que é o furto das jóias, conduta tipificada como ilícita pelo regramento penal, mas que pode ser provado *direta* ou *indiretamente*. Uma prova

<sup>215</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. p. 138. (T.L.)

direta seria uma testemunha dizendo que viu o furto (fato principal), ou fita de vídeo que haja gravado o mesmo evento (fato principal).

No entanto, dada a dificuldade de se poder contar sempre com provas diretas, o direito tem de se contentar com provas indiretas, que são indícios que, uns somados a outros, podem levar à conclusão do fato principal. Da prova de um fato secundário a outro, chega-se ao fato principal. Ser jardineiro (secundário) e estar com os pertences valiosos da patroa no bolso (secundário) não traz a conclusão necessária de que seja ele o culpado de furto (principal) – é possível que seja um empregado diligente e honesto, que apenas cumpria com sua consciência de guardar o que sabe não ser seu para devolver à dona tão logo pudesse. Mas a combinação de estar ao jardim quando da chegada dos oficiais (secundário), com jóias em seu poder (secundário), e ter suas digitais no quarto do casal (secundário), pode configurar uma cadeia racional de inferências que leva à conclusão de que é sim culpado pelo furto (principal). Ou seja, nessas condições (estar ao jardim + jóias no bolso + digitais no quarto onde as jóias estavam guardadas), é mais provável que haja cometido o furto do que sua negativa. As inferências que se realizam buscando interligar as circunstâncias (fatos secundários) a fato principal têm apoio em conhecimentos prévios à investigação, informações já sabidas de antemão. Que seriam essas informações? Como autorizam a passagem de fatos secundários, portanto não havidos como relevantes ou preocupantes para o direito, a fato principal?

Esse o papel das *máximas da experiência*, regras que obedecem à estrutura “Se A, então *normalmente* B”, muito utilizadas nos mais variados contextos da experiência. Como quando se está numa partida de futebol e se vê alguém muito contente no momento do gol, infere-se que se trata de um torcedor daquele time; quando alguém numa mesa de bar passa a falar um pouco enrolado, infere-se que tenha bebido mais do que devia; quando se depara com uma pessoa muito bronzeada, infere-se que tenha passado o dia na praia. Ou que a gestação humana tem a duração de mais ou menos nove meses, que o átomo é a partícula indivisível, que a água ferve a 100 graus centígrados etc. Percebe-se, pela diversidade de exemplos que elas podem ter origens as mais distintas. Aqui, serão classificadas em 1) decorrentes do senso comum ou 2) advindas das ciências. O

que as une é que ambos os tipos fazem parte do *patrimônio antropológico e cultural*, podendo levar uma vida invisível sendo empregadas automaticamente.<sup>216</sup>

No entanto, quando se trata do contexto processual, sua aplicação deve ser implementada de modo bem mais prudente, isto é, refletido. A utilização do vocábulo *normalmente* significa, sob um olhar mais cuidadoso, *nem sempre*. Logo, as *máximas* suportam exceções e será preciso averiguar no caso concreto se se trata de uma regular incidência da regra ou de sua exceção. Que se volte ao exemplo do jardineiro. Segundo a experiência comum, um sujeito que está cheio de jóias no lugar do furto *normalmente* é o culpado. No entanto, necessária a verificação se o caso concreto se encaixa na premissa menor da regra cantada pela máxima, ou se, de outro modo, trata-se de uma exceção. Até porque, sob a categoria de máximas da experiência há generalizações, no mínimo, apressadas, construídas com base em ilações sem fundamento (“Quem não deve, não teme”, “o brasileiro é um povo preguiçoso”).<sup>217</sup> Assim, há que se reconhecer a imperiosidade de a elas se recorrer, mas sem que isso represente uma atitude negligente frente aos perigos que lhes são inerentes.

“(…) As noções de sentido comum não podem ser eliminadas do raciocínio decisório e justificativo do juiz, desempenhando um importante papel no âmbito da prova e de sua valoração. É verdade, sem dúvida, que as máximas da experiência e as noções de sentido comum têm essa relevância, mas isso não demonstra que essas sempre constituam critérios válidos de inferência e valoração. Ao contrário, precisamente o fato de que o recurso a estas noções seja inevitável e que estas sejam tão incertas e perigosas se utilizadas acriticamente como regras de inferência torna obrigatório um uso extremamente cuidadoso e prudente das mesmas e, sobretudo, que sua força heurística e justificativa não seja supervalorada.”<sup>218</sup>

Por isso, foram criadas algumas condições para a incorporação das generalizações do senso comum: 1) que sejam comumente aceitas no ambiente socio-cultural da lide em questão, de maneira que somente as noções e

<sup>216</sup> IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *La motivación de la sentencia, imperativo constitucional*. p. 164.

<sup>217</sup> IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *La motivación de la sentencia, imperativo constitucional*. p. 167: “(…) Las mencionadas generalizaciones, que tienen su asiento en el sentido común, forman un conjunto heterogéneo, incierto, incoherente, histórica y localmente variable, epistémicamente dudoso e incontrolable (...)”

<sup>218</sup> TARUFFO, Michele. Apêndice IV: La prueba del nexo causal. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. In: TARUFFO, Michele. *La prueba*. Trad. Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons. 2008. p. 270. (T.L.)

informações claramente patrimônio da cultura média desse tempo e lugar possam ser usadas sem maiores justificações, 2) as máximas as quais se quer incorporar ao processo não podem já ter sido falseadas por conhecimentos científicos, 3) que as máximas a serem utilizadas não entrem em conflito com outras máximas. Por último, evidente que há generalidades mais ou menos prováveis, tudo depende da *base empírica* que lhe fornece suporte e da *regularidade* que apresenta: quanto maior a regularidade apresentada num amplo espectro de casos analisados, maior também a probabilidade. Pelo contrário, muitas exceções a serem suportadas, trazem descrédito à generalização sob exame.<sup>219</sup>

“Que o fundamento e o grau de probabilidade das máximas ou regularidades usadas na confirmação, isto é, as que conectam a hipótese com as provas que a confirmam, tenha de influir na probabilidade final da hipótese confirmada não pode trazer dúvidas. Nenhuma dessas generalizações estabelece relações de necessidade, senão de probabilidade, mas é evidente que nem todas expressam o mesmo grau de probabilidade nem têm o mesmo fundamento cognoscitivo. Enquanto algumas destas regularidades expressam relações mais ou menos seguras ou precisas, outras, inversamente, apenas expressam toscas e imprecisas generalizações de sentido comum. Ademais, enquanto algumas delas possuem um fundamento cognoscitivo mais ou menos sólido (como as que constituem vulgarizações de conhecimentos naturais ou científicos), a outras falta fundamento suficiente (como as que reproduzem tópicos ou preconceitos difundidos). É evidente que tudo isso influirá no resultado da confirmação.”<sup>220</sup>

Contudo, os sujeitos do processo<sup>221</sup> devem permanecer atentos mesmo em se tratando de máximas decorrentes do contexto científico. Falou-se que o grau de probabilidade pode variar de máxima para máxima. Sendo o caso de máximas produzidas pelo contexto científico, a generalização extraída foi resultado efetivo da observação de uma amostra suficientemente larga, e mais; na qual não se observou exceções.<sup>222</sup> Logo, as máximas científicas são mais fortes se

<sup>219</sup> IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *La motivación de la sentencia, imperativo constitucional*. p. 168.

<sup>220</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 180. (T.L.)

<sup>221</sup> “Sujeitos do processo” significa partes e julgador. 1) O julgador deve apreciar com atenção a máxima trazida pela parte ao processo, avaliando segundo os critérios narrados, já que a qualidade da hipótese formulada pela parte (composta por alegações sobre os fatos, estas conectadas entre si por raciocínios inferenciais) depende da qualidade da máxima em questão; 2) As partes devem estar atentas às máximas levantadas pelo oponente, auxiliando o julgador quando este não se aperceba da falsa conexão explorada entre os enunciados fáticos trazidos ao juízo; 3) As partes devem estar atentas também ao julgador, porque pode fazer uso de alguma máxima na decisão e ela deve ser explicitada, isto é trazida à superfície, para que possa ser contraditada, refutada, posta à prova caso seja pertinente.

<sup>222</sup> PRITCHARD, Duncan. *What is this thing called knowledge?* p. 106. Referindo-se às induções no contexto científico, Duncan acentua a necessidade de contarem com uma amostra representativa (representative sample). Ex: “emas não podem voar”. Essa é uma afirmação

comparadas com as do senso comum. É possível que existam exceções, mas a probabilidade é baixa em razão da amostra representativa a que se procedeu. E, tão logo se observe uma exceção, a máxima deixa de ser considerada científica. Por isso é que há muita cautela quando se revelam regras científicas, elas são fruto de elevado esforço e dedicação dos pesquisadores envolvidos.

Mas se as exceções são de baixa probabilidade e são realizadas observações de amostras consideráveis, por que não se pode descuidar de máximas científicas no contexto do processo? Por que tem de se admitir com suspeita até mesmo as generalizações científicas se as conclusões delas surgidas contam com altos graus de probabilidade de se corresponderem à verdade dos fatos? A resposta a esses questionamentos deve versar sobre o lucrativo negócio que as “provas científicas” representam na atualidade.

Essa banalização do argumento “científico” é assunto de Taruffo,<sup>223</sup> Igartua<sup>224</sup> e Goldman,<sup>225</sup> entre outros. Resulta evidente a relação cada vez mais próxima entre um processo compromissado com uma determinação correta dos fatos e os expedientes científicos. O progresso de métodos investigativos como o exame de DNA não deixa dúvidas. Nos dias de hoje configuram-se cada vez mais esparsas as situações em que o julgador tem de se contentar em aplicar uma presunção de que o marido da mãe é o pai da criança, posto que, à mínima dúvida, está ao alcance um exame que garante 99,99% de probabilidade de um resultado verdadeiro.<sup>226</sup> Como o DNA, há outros exemplos; numerosas técnicas químicas e físicas de análises de materiais, de identificação de sons, de reconstrução e reprodução de certos acontecimentos e acidentes, de análises farmacológicas,

---

científica apenas na medida em que foi extraída da observação de uma quantidade expressiva de emas, por muitos anos, em diversas partes do mundo. Nunca, portanto, porque se viu duas emas que não voavam.

<sup>223</sup> TARUFFO, Michele. Apéndice V: La prueba científica. In: TARUFFO, Michele. *La prueba*. Trad. Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons. 2008. pp. 277-295.

<sup>224</sup> IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. pp. 165-166.

<sup>225</sup> GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a social world*. pp. 304-311.

<sup>226</sup> Mas com isso não se está a afastar a possibilidade de que mesmos métodos científicos válidos e corretos sejam aplicados de maneira incorreta e, conseqüentemente, gerem resultados contestáveis do ponto de vista cognoscitivo ou probatório: o DNA tem um grau de confiabilidade muito elevado, mas apenas se os protocolos de análise tenham sido adequadamente aplicados. Se o material foi manipulado com negligência, a confiabilidade da técnica se perde por completo. Ou seja, também as provas científicas estão sujeitas a um exame de *credibilidade*. TARUFFO, Michele. Apéndice V: La prueba científica. p. 282.

médicos, biológicos e genéticos das mais diversas naturezas.<sup>227</sup> A lista é extensa. Isto posto, percebe-se que a ciência vem ocupando mais espaço; assim como a expansão do uso do termo “científico”. Mas esses são eventos distintos e nem tudo que se auto-qualifica como científico o é efetivamente.

“A aparição de métodos de investigação científica cada vez mais sofisticados e o aumento constante dos tipos de saber que ambicionam a ser considerados como conhecimentos científicos deram origem a um problema não apenas sumamente importante em termos epistemológicos gerais senão que adquire também grande relevância acerca do papel que a ciência pode desempenhar na comprovação dos fatos num juízo e na determinação de seu valor como elemento probatório. O problema é que nem todo conhecimento apresentado como científico é, só por esta circunstância, atendível e merecedor de ser usado como prova. Trata-se, pois, de distinguir a ‘boa’ ciência, válida, confiável, da ‘má’ ciência ou *junk science*, como foi denominada pela doutrina norte-americana.”<sup>228</sup>

O desafio fornecido pelo surgimento da *junk science* no processo foi inicialmente sentido pela ordenamento jurídico norte-americano, tendo sido abordado pela *Supreme Court*, ao ano de 1993,<sup>229</sup> em *Daubert vs. Merrerll Daw Pharmaceuticauls, Inc.*. Na sua motivação, o juiz Blackmun ditou um sintético tratado de epistemologia, apontando critérios que deveriam ser atendidos no caso de conhecimentos científicos devessem ou não ser integrados ao processo: 1) controlabilidade e refutabilidade da teoria científica ou técnica em que a prova se fundamenta; 2) percentagem de erro conhecida ou potencial, bem como o cumprimento dos *standards* correspondentes à técnica empregada; 3) publicação em revistas submetidas ao controle de outros *experts*, da teoria ou técnica em questão; 4) existência de um consenso geral da comunidade científica interessada.<sup>230</sup> Esse passou a ser um precedente de grande peso para os norte-

<sup>227</sup> TARUFFO, Michele. Apéndice V: La prueba científica. p. 280. E ainda: “En muchos casos estos desarrollos ofrecen pruebas más seguras y objetivas sobre hechos pasados: basta pensar en la diferencia cualitativa de los actuales tests genéticos con respecto a las antiguas pruebas hematológicas.”

<sup>228</sup> TARUFFO, Michele. Apéndice V: La prueba científica. pp. 281-282. (T.L.)

<sup>229</sup> Caso *Dalbert* como um marco no tratamento processual do conhecimento científico em TARUFFO, Michele. Apéndice V. La prueba científica. p. 283: “La buena ciencia. El caso Dalbert” e também em IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. p. 168: “La tónica imperante hoy tiene su inicio en 1993, con ocasión de una sentencia del Tribunal Supremo conocida como caso *Dalbert* (...)”

<sup>230</sup> TARUFFO, Michele. Apéndice V: La prueba científica. p. 283.

americanos, influenciando a promulgação do novo conteúdo da regra 702 das *Federal Rules*, em 2000.<sup>231</sup>

Assim, conclui-se pela necessidade de atenção mesmo em se tratando de conhecimentos científicos. Não se pode prescindir do raciocínio indutivo no contexto processual, mas nem por isso o trânsito é livre para qualquer indução. Ela deve-se mostrar pertinente à resolução do caso concreto, dependendo dela a construção da “ponte” entre as circunstâncias indiciárias e o fato principal. Que sejam confiáveis, estejam conforme os critérios expostos, que possam ser debatidas.<sup>232</sup>

Mister, portanto, que estejam à *superfície*, e não escamoteadas por pretensas certezas irrefutáveis. Deixar à superfície, isto é, explicitar as induções, vale especificamente para o julgador, a quem compete zelar pela busca da verdade dos fatos no processo (e não para as partes, que apenas cumprem o esperado ao fazerem uso de um amplo expediente com o propósito de agir sobre o convencimento daquele que decidirá sobre seus interesses). Isso é o que garante máximas de qualidade, ou seja, de probabilidades altas, auxiliando a determinação

<sup>231</sup> TARUFFO, Michele. Apêndice V: La prueba científica. p. 284. Por esse motivo, Taruffo toma a experiência norte-americana no caso da *junk science* como “referência indispensável”. Ver também, GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a social world*. pp. 305-306. Goldman, por sua vez, ressalta como o caminho foi extenso até se chegar aos critérios surgidos do caso *Daubert*. Em 1897, a posição da Suprema Corte era a de que o que era dito por um *expert* deveria ser aceito sem ressalvas ou rechaçado inteiramente (“take it or leave it”); se o tribunal decidisse por aceitar o *expert*, tudo o que fosse por ele dito, estaria fora de dúvidas (“whatever qualified witness said was okay”). Em 1923, essa permissividade foi alvo de mudanças, decididas pela ocasião de *Frye vs. United States*. A questão versava a respeito da aceitação do detector de mentiras como meio de prova. A corte decidiu pela negativa, haja vista a falta de consenso da própria comunidade científica a respeito da confiabilidade do aparelho em questão. Nascia, portanto, um primeiro critério: consenso da comunidade científica. Aceitação geral como pressuposto da admissibilidade do conhecimento científico. Em 1975, uma regressão. A regra 702 das *Federal Rules of Evidence* passa a disciplinar o testemunho dos *experts*, mas não faz qualquer menção à consenso científico ou aceitação geral. A jurisprudência se divide, uns seguem *Frye*, outros ficam com a regra 702. Em 1983 é a vez do caso *Barefoot vs. Estelle*, que começou por força de um homicídio no Texas. A acusação trouxe um psiquiatra que testemunhou que havia “100% de chance” do acusado cometer novos delitos dessa violência no futuro. Como *amicus curi*, a *American Psychiatric Association* declarou pouco confiável a predição feita pelo expert (2 em 3 predições do gênero não se confirmam), mas, ainda assim, em 1984, *Barefoot* foi executado com base em “conhecimentos científicos”. Depois desse longo caminho é que chega *Daubert*, em 1993.

<sup>232</sup> IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. p. 164: “(...) Cuando el criterio que sirve denexo inferencial no funciona tan mecánicamente es preciso sacarlo a la superficie de la motivación para analizarlo y debatirlo, sin olvidar que el empleo de tales inferencias debe ser bastante más prudente del que usamos en la vida cotidiana y hasta más arduo cuando se juzga una ‘conducta compleja’ (como en los procesos contra la mafia).”

correta dos fatos, sendo essa a sabida finalidade de uma valoração racional da prova.

“(…) Para evitar a infiltração sub-reptícia de elementos tão descontrolados nas decisões judiciais, a primeira medida consiste em exigir que os juízes tragam à superfície as máximas com que justificam sua decisão, a fim de que se possa controlar sua eventual arbitrariedade ou a consistência de seu embasamento empírico.”<sup>233</sup>

### 4.3.

#### O momento da decisão

Ultrapassada a valoração racional dos elementos, adentra-se ao último momento constitutivo da atividade probatória, a decisão judicial. Ou seja, o julgador torna-se apto para decidir sobre dado conflito jurídico à medida em que se intera das especificades fáticas daquele caso, extraíndo, por meio da avaliação das provas, as conclusões cabíveis. Viu quais enunciados fáticos emitidos pelas partes guardam chances de correspondência com a realidade, distinguindo-os daqueles que somente intentavam lhe persuadir, sem a fundamentação fática pertinente. Aplicando máximas, empreendendo operações indutivas, elaborando previsões e as falseando, chegou à hipótese mais provável. Após essa digressão, poder-se-ia pensar que só resta ao juiz a tarefa de decidir conforme a hipótese mais provável. Mas não é assim. O resultado da valoração da prova que se obtenha não implica, por si só, nada a respeito da decisão a ser adotada.<sup>234</sup>

Será necessária a intermediação de algum *standard* de prova, que tem a prerrogativa de fixar qual grau de probabilidade é necessário para que se considere provada uma hipótese a fim de lhe conceder os efeitos jurídicos previamente apontados pelo ordenamento jurídico. Os *standards* representam as escolhas éticas feitas pelo legislador na tarefa de distribuir o risco das decisões equivocadas.<sup>235</sup> Até que ponto um ordenamento jurídico julga ser aceitável o risco de decisões injustas, obrigando efeitos jurídicos, indesejáveis a quem não merece. Como se demonstrou aqui, a metodologia indutiva nunca habilita a aquisição de

<sup>233</sup> IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. p. 167. (T.L.)

<sup>234</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. p. 48.

<sup>235</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. p. 143.

certezas absolutas acerca da verdade das hipóteses.<sup>236</sup> Sendo assim, subsiste a possibilidade dos *falsos positivos* e *falsos negativos* – respectivamente, declarar provada hipótese falsa, declarar não-provada hipótese verdadeira.<sup>237</sup> Mas há estratégias distintas dependendo do bem jurídico que esteja envolvido. Essas estratégias estão representadas pelo 1) *standard* da *probabilidade lógica prevalecente* e por 2) *standard além de qualquer dúvida razoável*.

#### **4.3.1. Probabilidade Lógica Prevalecente**

Antes de explicar em que consiste esse critério, é necessário advertir que quando se usa o termo “probabilidade” não há uma referência a uma probabilidade matemática ou estatística. Isso porque, quando o que importa é a resolução do caso concreto, é preciso considerar suas especificidades e não apenas sublinhar as generalidades ou o que há em comum com outros casos parecidos. Se o dado estatístico pode apresentar grande utilidade para a implementação de políticas públicas, para a solução de conflitos individuais não trazem consideráveis contribuições. De fato, as estatísticas e os argumentos matemáticos podem fornecer equivocadamente uma aparência dedutiva a induções, o que implica numa redução de transparência da fundamentação subjacente aos julgados.<sup>238</sup> Frente a essa inadequação, a probabilidade no contexto probatório refere-se ao grau de confirmação que uma hipótese recebe das inferências realizadas a partir da apreciação do conjunto de elementos probatórios fornecidos em juízo.

Feita a ressalva, é possível seguir com a definição do critério propriamente dito. Costuma ser aplicado aos conflitos atinentes à esfera cível, em razão da disponibilidade dos bens sobre os quais geralmente os desentendimentos versam. Ou seja, são igualmente ruins as situações de falsos positivos e falsos negativos, autor e réu suportam o mesmo risco acerca de uma eventual decisão equivocada. Ser condenado a pagar quantia a que originalmente não se deve (falso positivo, já que o autor em questão conseguiu que o juiz declarasse sua hipótese verdadeira quando em realidade era falsa), aos olhos do legislador civil é tão

<sup>236</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. p. 139.

<sup>237</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. p. 143.

<sup>238</sup> TARUFFO, Michele. Apêndice IV: La prueba del nexo causal. p. 275.

indesejável quanto não se ganhar a indenização justa porque o juiz não tenha considerado provada a hipótese verdadeira trazida pelo autor (falso negativo).<sup>239</sup>

Demais disso, a probabilidade lógica prevalecente implica em duas condições para que se considere provada uma hipótese: 1) que seja mais provável que as outras hipóteses; e 2) que seja mais provável que a sua negação. Mas essa análise poderá ser feita a partir de dois ângulos. Tanto com relação à cada prova individualmente, avaliando se ela é eficaz e prova o fato principal ou secundário a que se propõe (abordagem atômica ou analítica), quanto considerando a plausibilidade da hipótese como um todo (abordagem holista ou sintética).

Neste trabalho, sustenta-se principalmente a imprescindibilidade da abordagem atômica, porquanto seja possível que um único fato que compõe uma cadeia seja provado como inexistente para que a hipótese perca sua força. Enquanto os partidários da abordagem holista afirmam ser possível suprir eventuais faltas probatórias em prol do conjunto da narrativa da hipótese mais plausível – pouco importando se essa “plausibilidade” está fundamentada tão-somente em fatos irrelevantes, acentuados por uma linguagem emocional e que, sendo necessário, fará uso de estereótipos e preconceitos –,<sup>240</sup> a abordagem atômica permanece comprometida com o propósito de falsear a hipótese; que cria as previsões para serem derrotadas ou não pela hipótese, sendo ela, mais provável ou não a partir de cada desafio epistêmico ultrapassado. Há, pois, entre as duas estratégias uma distinção entre *narrativas boas* e *narrativas verdadeiras*.<sup>241</sup>

Evidente que é possível que uma narrativa boa seja também verdadeira, mas seu autor não teria de se esforçar para provar sua provável correspondência com a realidade fática de acordo com os holistas, simplesmente porque a conexão com os fatos não é um fator tido como importante por seus seguidores.<sup>242</sup> Caso se retorne às considerações feitas no capítulo inicial acerca das teorias da verdade atuantes dentro do processo, ver-se-ia uma relação de completude entre holistas e

<sup>239</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. p. 222: “Unlike in the criminal case, where we deem the mistake of imprisoning the innocent far worse than the mistake of freeing the guilty, in the civil context we consider the mistake of a wrongly uncompensated plaintiff to be no less serious than that of a defendant wrongly fully held liable. The two errors being equal, the burden of proof selected reflects this underlying equality of values.”

<sup>240</sup> TARUFFO, Michele. Apêndice II: Narrativas Judiciais. p. 220.

<sup>241</sup> TARUFFO, Michele. Apêndice II: Narrativas Judiciais. pp. 221-222.

<sup>242</sup> TARUFFO, Michele. Apêndice II: Narrativas Judiciais. p. 224.

coerentistas.<sup>243</sup> A coerência como o conceito de verdade não a distingue da falsidade, porque também os enunciados falsos podem ser coerentes, mesmo quando fortemente persuasivos.<sup>244</sup> No entanto, aqui não se chega a afirmar a coerência como um traço negativo de uma hipótese, diz-se apenas que não é suficiente. A confirmação da hipótese por meio de cada fato que a compõe é que precisa acontecer, mesmo que a narrativa apresentada pela parte não seja tão favorecida sob o ponto de vista “literário”.

No entanto, a teoria holista guarda sua utilidade, principalmente nos casos em que o julgador observe um “empate” entre as hipóteses formuladas em juízo, não lhe sendo possível justificar uma que seja preferível em termos de maiores chances de correspondência com o real porque a valoração das provas não deixa nenhuma delas em posição mais favorável do que sua oposta. Nesses casos, frise-se, *em que se procedeu o exame cuidadoso do conjunto probatório e*, a despeito disso, não há uma preponderância racional, é viável falar-se na escolha da melhor narrativa. Melhor narrativa quer dizer uma melhor reconstrução fática, e não a mais emocionante, a mais romântica etc. O juízo a ser feito deve estar vinculado a fatos.<sup>245</sup> Fazendo uma analogia entre um mosaico e as narrativas judiciais, Taruffo acentua:

“Tendo que escolher um desenho entre todos os possíveis, é razoável escolher o que combina as peças no desenho mais bonito. De forma similar, tendo que eleger um entre diferentes relatos, cada um deles compostos por assertivas verdadeiras acerca dos fatos, até mesmo um julgador ‘analítico’ escolheria racionalmente a ‘melhor’ narração dos fatos em questão. Em uma palavra: os aspectos narrativos de uma história não são suficientes, por si mesmos, para determinar a preferência por essa história; contudo, esses aspectos podem ser considerados como parâmetros de preferência entre os vários relatos verdadeiros que narram os mesmos fatos.”<sup>246</sup>

Relacionando a coerência narrativa como critério de desempate ao risco de falsos positivos e falsos negativos de que o legislador previamente cuidou, vê-se que a hipótese mais coerentemente narrada empurrará para sua rival a decisão

<sup>243</sup> Ver item 2.1.2.

<sup>244</sup> TARUFFO, Michele. Apêndice II: Narrativas Judiciales. p. 222: “Basta con pensar en un testimonio que puede ser narrativamente coherente, pero falso, o en una decisión judicial que puede también estar justificada de forma consistente, pero que no se corresponde con las pruebas y, por lo tanto, con la realidad de los hechos, para encontrar ejemplos fáciles y claros de la distinción básica entre coherencia, consistencia o persuasividad y veracidad.”

<sup>245</sup> TARUFFO, Michele. Apêndice II: Narrativas Judiciales. p. 226.

<sup>246</sup> TARUFFO, Michele. Apêndice II: Narrativas Judiciales. p. 227. (T.L.)

desfavorável. Não há qualquer preferência previamente determinada pelo ordenamento jurídico a se evitar um tipo de decisão equivocada em especial. Mas mesmo admitindo-se a atribuição de um papel à coerência narrativa, não se diminui a preocupação que o processo, representado na figura do julgador, deve ter. Frente às boas narrativas, ele não se exime de ter de buscar o maior grau possível de correspondência entre alegações e os fatos mesmos por meio das provas produzidas.

Por isso, aqui se admite algum papel à abordagem holista, mas não se deixa de acentuar a preponderância do exame analítico das provas que corroboram os enunciados fáticos que compõem a hipótese nas suas individualidades. A probabilidade lógica prevalecente ganha contornos mais apropriados ao método da corroboração de hipóteses quando a abordagem analítica assume seu protagonismo.

#### **4.3.2. Além de qualquer dúvida razoável**

Já em se tratando de conflitos referentes à comissão de ações valoradas penalmente, porque o bem jurídico envolvido na maior parte dos casos é a liberdade do acusado, o legislador costuma tentar evitar mais os falsos positivos. Por isso só vê como aceitável a punição se se tenha afastado todas as dúvidas razoáveis. Essa diretiva de ação já tinha sido apontada pelo jurista inglês William Blackstone, em 1769, nos seus *Comentários às leis da Inglaterra*: “Toda e qualquer evidência de crime deve ser admitida com cautela: porque de acordo com o direito, é melhor que dez culpados escapem do que um inocente sofra.”<sup>247</sup> Mas o que a precaução frente à dúvida razoável prescrita pelo *standard* significa efetivamente?

Tal obscuridade é assunto de Larry Laudan,<sup>248</sup> que se encarrega de mostrar quantas interpretações já foram assumidas pelas cortes norte-americanas para a aplicação da mencionada diretiva. De início, por volta de 1850, o *standard*

---

<sup>247</sup> BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England*. Livro 4. Cap. 27. Versão digital disponível em <http://www.lonang.com/> acesso em agosto de 2009. (T.L.)

<sup>248</sup> LAUDAN, Larry. *Is reasonable doubt reasonable? Legal Theory*. n. 9. United States: Cambridge University Press. 2003.

nasceu relacionado com a abstrata noção de “certeza moral”,<sup>249</sup> que se atrelava com o modelo da íntima convicção já descrito aqui. Em âmbito penal, ter certeza moral era decorrência da atividade jurisdicional pensada conforme a livre intuição do julgador. Essa noção vingou até meados do séc. XX, quando, por volta dos anos 50, os tribunais norte-americanos decidiram reformar essa definição, pois sendo demasiadamente vaga, não auxiliava o jurado na tarefa de proferir o veredito.

Então a primeira reformulação pautava a decisão que deveria ser tomada na ocasião do julgamento às decisões que os jurados têm de realizar em suas próprias vidas, fazendo uma analogia entre o modo com que se certificam de afastar as dúvidas cotidianas e como devem atuar dentro do processo.<sup>250</sup> O problema estava na premissa. Nas suas vidas, os jurados não agiam tão-somente quando afastavam as dúvidas. Pelo contrário, as dúvidas faziam parte e representavam os riscos constantemente assumidos. Ao resolver por um emprego ou outro não se sabe de antemão qual será o melhor efetivamente já que a felicidade profissional freqüentemente é relacionada a fatores para além da questão financeira dos quais, só é possível se inteirar depois de já excluída a outra oferta de trabalho; ao decidir se casar não é possível se ter certeza de que tudo vai dar certo, quando se escolhe mudar de cidade, se é a hora de ter um filho etc. A certeza dificilmente se configura como condição de ação.

Depois, foi ratificado que no contexto processual esperava-se mais dos jurados do que o que fazem nas suas vidas privadas, passando a ser interpretado como o tipo de dúvida que faz uma pessoa prudente hesitar, versando sobre as questões mais importantes da sua vida.<sup>251</sup> Mas a hesitação não se relaciona necessariamente com as dúvidas. É possível que não se tenha dúvidas acerca de qual decisão deveria ser tomada e, mesmo assim, há a hesitação. Pense-se na mulher diariamente espancada pelo marido. Ela sabe que deveria se divorciar, mas ainda hesita.

---

<sup>249</sup> LAUDAN, Larry. *Is reasonable doubt reasonable?* p. 298.

<sup>250</sup> LAUDAN, Larry. *Is reasonable doubt reasonable?* p. 301.

<sup>251</sup> LAUDAN, Larry. *Is reasonable doubt reasonable?* p. 303.

Frente a essas dificuldades, alguns tribunais modificaram suas estratégias, excusando-se da tarefa de esclarecer o significado do *standard*. Uma das afirmações, a partir de então, era a de que a dúvida razoável falava “por si só”. Os jurados conheciam ambos os significados, isto é, sabiam o que era dúvida e estavam amplamente familiarizados à noção do razoável, pela evidência inerente deles, e, portanto, prescindiam de maiores esclarecimentos. Aliás, qualquer tentativa de definição, pelo inverso, poderia gerar prejuízos.<sup>252</sup>

Laudan, contudo, não deixa de fornecer os apontamentos que vêm pertinentes em se falando da diretiva da dúvida razoável. A seu ver, o equívoco cometido por todas as tentativas mencionadas foi a valorização do elemento *subjetivo*, porquanto tais interpretações concentravam suas atenções no *estado mental* do jurado.<sup>253</sup> Determinavam o estado mental com que os jurados deveriam no momento de uma condenação, mas não faziam referência ao que é necessário para constituí-la. Evitavam o que precisamente se mostra como conteúdo interpretativo necessário da dúvida razoável: o conjunto probatório e o resultado viabilizado a partir das inferências realizadas.

“A questão principal não é se os jurados, individual ou conjuntamente, estão convencidos pela acusação. A questão é se a prova que viram e ouviram é ou não convincente em termos do grau de suporte oferecem para a hipótese de que o acusado é culpado.”<sup>254</sup>

Então, a dúvida razoável não pode ser vista desconectada da tarefa de apreciar provas. Imagine-se uma hipótese sobre tráfico de drogas. Contra a tese de que o acusado é inocente existem provas de que: 1) foi preso com quantidade pequena de diversos entorpecentes; 2) portava grande quantidade de dinheiro, mas em notas de pequeno valor; 3) sua casa era bastante freqüentada pela noite; 4) suas “visitas”, contudo, permaneciam em média, 10 minutos; 5) em seu domicílio,

<sup>252</sup> O autor faz a transcrição de um exemplo de julgado que transmite essa idéia de desnecessidade e até prejuízo na determinação de qualquer tentativa de esclarecimento do significado do *standard*. LAUDAN, Larry. *Is reasonable doubt reasonable?* p. 314: “Reasonable doubt’ must speak for itself. Jurors know what is ‘reasonable’ and are quite familiar with the meaning of ‘doubt’. Judges and lawyers attempts to inject other amorphous catch-phrases into the ‘reasonable doubt’ standard, such as ‘matter of the highest importance’, only muddy the water. It is, therefore, inappropriate for judges to give any instructions defining ‘reasonable doubt’ and it is equally inappropriate for trial counsel to provide their own definition (*US. vs. Glass*, 846 F2d 386 – 1988).”

<sup>253</sup> LAUDAN, Larry. *Is reasonable doubt reasonable?* p. 318.

<sup>254</sup> LAUDAN, Larry. *Is reasonable doubt reasonable?* pp. 320-321. (T.L.)

foi encontrada balança de precisão e pacotes plásticos pequenos; 6) o acusado é proprietário de um automóvel importado não-condizente com os valores declarados percebidos na sua declaração de imposto de renda. De acordo com as provas produzidas, é possível afastar-se dúvidas razoáveis de que não se trata de um culpado, sendo, por conseguinte, o caso de uma decisão condenatória conforme ao *standard* de além de qualquer dúvida razoável. Se o enunciado 1) não prova tratar-se de um traficante – posto que a quantidade pequena de entorpecentes que portava também era uma previsão compatível com a hipótese de ser apenas um usuário – as previsões seguintes elaboradas pelo julgador, respeitantes aos enunciados 2), 3), 4), 5) e 6), afastam a possibilidade razoável que se trate de um mero usuário. Mas não afastam toda e qualquer possibilidade de equívoco.

Por último, cabe renovar a ênfase no fato de que a escolha sobre quem deve suportar o risco de equívocos decisórios é do legislador. Em razão de vantagens explicativas apenas para se analisar um exemplo, suponha-se que fosse possível traçar probabilidades matemáticas para o contexto jurídico. Se no caso narrado vigorasse um *standard* de dúvida razoável que exigisse que a culpa tivesse a probabilidade de 90%, restariam 10% de o julgador errar na condenação, mas que são vistos como suportáveis, isto é, aceitáveis para o ordenamento jurídico. Essa é uma consequência direta de não se contar com certezas absolutas, por sua vez, combinada com o fato de que não punir inocentes não se apresenta como a única preocupação processual. Fosse assim e o *standard* seria de 99, 99%, mas então o ordenamento jurídico deixaria de cumprir sua função motivacional. As regras não seriam observadas porque as consequências raramente chegariam a ser repercutidas.<sup>255</sup>

Desse modo, chegado o momento da decisão, ao julgador caberá a aplicação do *standard* previamente prescrito pelo legislador às consequências

---

<sup>255</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. p. 221: “Blackstone’s solution – our solution – to the problem of uncertainty is far from perfect. If we really wanted never, ever to convict the innocent, we would set the burden of proof astronomically high – absolute certainty, or 99,99 percent determined by three consecutive juries, or something of that sort – and we would have solved most of the problem of convicting the innocent. We would have done so, however, at the cost of convicting far too few of the guilty. The standard that common-law legal systems have chosen is a balance, but a balance heavily weighted in favor to the social judgment that convicting the innocent is a great deal worse than freeing the guilty, but also that avoiding convicting the innocent is not the only social value there is.”

extraídas na valoração do conjunto probatório. Consideradas provadas segundo os *standards* em vigor, caberá ao julgador motivar sua decisão. Pelo contrário, também é possível que da aplicação da referida diretiva não se considere provada nenhuma das hipóteses, isto é, os elementos foram insuficientes. Nesse caso, deverá proceder à decisão mediante as regras do ônus da prova, que ditam quem deve suportar, em que casos, as carências probatórias. A seguir, terá de motivar também a insuficiência, indicando os elementos que a compõem.

Por outro lado, importante ressaltar que não cabe a aplicação da coerência narrativa como critério de desempate pela própria definição do *standard* em questão: se há chances quase iguais de que seja culpado ou inocente, a segunda hipótese prevalece. Qualquer que seja a decisão, cabe ao julgador, mediante motivação, externalizar as operações intelectuais que empreendeu fazendo viável a possibilidade de controle e eventual reforma do que foi decidido. Esse o objeto do próximo item.

#### **4.4. Motivação: decisões justificadas**

É certo dizer que a necessidade de motivar as decisões judiciais é uma tarefa recente, relacionada à chegada dos regimes democráticos em que a mera autoridade formal de quem decide deixou de ser o único parâmetro de legitimidade do exercício do poder. O argumento segundo o qual uma decisão está correta porque proferida por um tribunal competente para tanto não é mais o único fator a ser observado, compartilhando sua importância com o conteúdo mesmo das decisões.

Estados que possuem consideráveis prerrogativas concernentes à efetivação de direitos subjetivos, freqüentemente garantidos nos diplomas normativos de maior relevância dos ordenamentos jurídicos, devem responder constantemente à diretiva de não-arbitrariedade de suas decisões. É preciso, pois, *justificar* a decisão, dar as razões que fundamentam uma preferência racional do julgador por uma hipótese frente a outras. A simples convicção na correção da

decisão que proferiu não finaliza sua atividade. Ainda lhe resta a tarefa de convencer seus destinatários – internos e externos ao processo.<sup>256</sup>

“(…) Numa sociedade moderna, as pessoas exigem não apenas decisões dotadas de autoridade, mas também pede razões. Isso vale também para a administração da justiça. A responsabilidade do juiz se converteu cada vez mais na responsabilidade de justificar suas decisões. A base para o uso do poder por parte do juiz reside na aceitabilidade de suas decisões e não na posição formal de poder que possa ter. Neste sentido, a responsabilidade de oferecer justificação é, especificamente, uma responsabilidade de maximizar o controle público da decisão. Assim, pois, a apresentação da justificação é sempre um meio para assegurar, sobre uma base racional, a existência de certeza jurídica na sociedade.”<sup>257</sup>

Nisso se deve o destaque da motivação como importante atividade jurisdicional, porque nela se plasma a justificação do julgador, ficando registradas as razões de suas preferências. Mas dizer genericamente “justificação” e “razões” não esclarece muita coisa. Tanto é assim que, por algum tempo, considerou-se devidamente justificada a decisão que fizesse menção ao silogismo perfeito que prescreve a subsunção da premissa maior à premissa menor, o que podia ser realizado laconicamente: “como obviamente ficou demonstrado que (...), condeno “X”, de acordo com o artigo (...) do Código Civil.”

Mesmo quando as exigências de justificação chegaram a ganhar certa complexidade, isso se refletiu tão-somente sob a questão jurídica, isto é, aumentando-se as discussões a respeito das múltiplas normas que poderiam resultar pelas diversas interpretações de uma única regra, das lacunas que o direito irremediavelmente deixava etc. Enquanto a indeterminação normativa era assunto que só fazia crescer, o problema da determinação correta dos fatos era questão absolutamente relegada ao subjetivismo judicial.<sup>258</sup> A lógica dos estudiosos do direito parecia ser “tentemos controlar o controlável, que são as regras; os fatos, estes infelizmente ficarão a cargo do que o julgador achar melhor”. Ou pior:

<sup>256</sup> Funções endo e extra-processuais. Ver GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 200.

<sup>257</sup> AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1991. p. 29. (T.L.) No mesmo sentido, GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 192, p. 200.

<sup>258</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 195: “(…) Al ojear las bibliotecas jurídicas se constata que la mayor parte de las preocupaciones de los juristas se han centrado en los problemas de interpretación de las normas, asumiendo – implícita o explícitamente – que el conocimiento de los hechos no plantea especiales problemas y, por tanto, no reclama motivación, o que, planteándolos, está irremediavelmente abocado a una discrecionalidad cuando no a la simple arbitrariedad judicial.”

“vamos nos concentrar na indeterminação normativa, já que os fatos, felizmente, não são acometidos por ela pois podem ser totalmente conhecidos pelo julgador”. Assim, o tratamento do fato, por muito tempo, variou de uma recusa com raízes cétricas<sup>259</sup> a negativas fundamentadas num realismo de traços ingênuos.

#### 4.4.1. Justificação interna e externa

A distinção entre *justificação interna e externa*<sup>260</sup> de Jerzy Wróblewski tem o mérito de iluminar o problema do fato no contexto jurídico de decisão. Ao silogismo a que todos faziam referência cabe apontar-lhe a insuficiência, porque toma como obviamente demonstrado exatamente o que deve ser seu então objeto de comprovação. Justificar uma decisão não significa apenas demonstrar que a regra “X” é a que deve ser aplicada se ocorre “Y”, mas é preciso que também se demonstre que “Y” tenha efetivamente acontecido. Do contrário, os efeitos jurídicos serão atribuídos equivocadamente. E se o juiz precisa conhecer primeiro para só então aplicar a regra correta para o caso concreto, mister também que compartilhe das razões pelas quais considera provado o evento “Y”.

Desse modo, vê-se que, para Wróblewski, para que uma decisão esteja justificada, não se fala apenas na correção da conclusão frente às premissas, senão que igualmente quer externalizada a *correção das premissas*. A exigência é lógica. A conclusão de uma operação dedutiva será verdadeira, isto é, necessariamente se verdadeiras suas premissas; pelo inverso, a conclusão será falsa sempre que a uma de suas premissas faltar verdade. Tudo explicado, só há como assegurar a veracidade da conclusão se também as premissas forem verdadeiras.

<sup>259</sup> Recorde-se do sentido cético explicado no item 2.1.1. Ver nota n. 30.

<sup>260</sup> WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Sentido y hecho en el derecho*. p. 52: “La justificación interna (a la que de aquí por adelante nos referiremos por IN-justificación) está relacionada con la racionalidad interna de la decisión jurídica. Una decisión está IN-justificada si se infiere de sus premisas según las reglas de inferencia aceptadas. La condición de IN-justificación es la existencia de una regla con qué poder verificar la racionalidad interna de la decisión. La validez de las premisas se da por supuesta. La justificación externa (a la que aquí en adelante nos referiremos como EX-justificación) se relaciona con la racionalidad externa de la decisión jurídica. Una decisión está EX-justificada cuando sus premisas están calificadas como buenas según los estándares utilizados por quienes hacen calificación. Es evidente que la decisión jurídica podría estar IN-justificada pero no tener EX-justificación, si, por ej., los datos científicos o valoraciones utilizados por el que toma la decisión son rechazados por la persona que analiza esta decisión.”

Como a subsunção realizada pelo decisor não é outra coisa senão uma dedução, também a conclusão jurídica constante da decisão proferida pelo julgador depende da qualidade (válida) de suas premissas. Frise-se: premissas, normativa (premissa maior) e também fática (premissa menor). Desde então, entende-se *justificação interna* a concernente à dedução lógica das premissas direto à conclusão (por exemplo, estaria injustificada internamente uma decisão em que alguém que cometeu furto fosse condenado com base na regra que pune homicídios) e *justificação externa* sendo a que versa sobre a qualidade das premissas.<sup>261</sup> De acordo com esse entendimento mais exigente do que seja justificar, deve-se analisar também a correção lógica da premissa menor. Mas no que isso implica? O que deve ser demonstrado?

#### **4.4.2. A relação entre a motivação e as provas valoradas**

Mais uma vez, o direito das partes de produção de toda e qualquer prova relevante deve ser aludido. Se ele implica na correlata exigência de que a totalidade de provas realizadas seja valorada pelo julgador, essa valoração, por conseguinte, deverá ser externalizada *integralmente*. Ora, se não se exige a externalização dessa valoração na motivação da decisão, não se garante a efetividade do direito de que todas as provas sejam valoradas. Sendo assim, cabe ao julgador compartilhar das operações inferenciais que o levaram à hipótese vencedora – a mais provável – , mas sobretudo, externalizar a insuficiência probatória da hipótese perdedora.<sup>262</sup> Assim, não sobra ao julgador pensar que se justifica apontando apenas as operações e provas consideradas ao apoio da

<sup>261</sup>COMANDUCCI, Paolo. *Razonamiento jurídico: elementos para un modelo*. México: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. 2004. p. 107: “En el modelo garantista una decisión está justificada si y sólo si, además de estarlo internamente, lo está también externamente; esto es, si está justificada (la elección, la individualización, la formulación etc.) de la norma que constituye la premisa mayor y si está justificado el enunciado que constituye la premisa menor.” Acompanhando, GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. pp. 193-194: “La justificación de una decisión sólo puede entenderse completa cuando esté, no sólo interna, pero externamente justificada (...).”

<sup>262</sup> Juan Igartua Salaverría faz referência a uma “regra de ouro” que deve ser seguida pelo julgador: dar conta de todas as provas apresentadas pelo perdedor. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. La motivación de las sentencias, imperativo constitucional. p. 162.

hipótese que elegeu, como se *implicitamente* estivesse dizendo que se a aceitou é porque refutou todas as que lhe foram contrárias.<sup>263</sup>

Da mesma maneira que o julgador efetivou a valoração prova por prova, indicando que enunciados fáticos foram tidos como verdadeiros a partir de cada uma, também no momento da motivação tem de dar conta desses passos. Não apenas uma exposição genérica de razões em favor de uma hipótese, senão a externalização do porquê a prova do fato principal “P” produzida pela parte “A” obteve maior credibilidade do que contra-prova “Pi” produzida pela parte “B”, tudo isso, acompanhado do reconhecimento explícito das máximas consideradas pertinentes para a resolução do caso e até mesmo das provas tidas como eficientes na confirmação de fatos secundários que compuseram seu raciocínio.

Demais disso, entre o analítico e o sintético, o atômico e o holista, caberá ao julgador sempre pautar-se pelos primeiros.

“Se o sentido da motivação é evitar a arbitrariedade, a motivação não pode entender-se cumprida com um simples relato, e tampouco com a mera indicação formal de razões, quaisquer que sejam. Motivar exige compartilhar razões sólidas o bastante ou convincentes para descartar a arbitrariedade e, por isso, a técnica mais de acordo com o modelo cognoscitivista e com o sentido da motivação é a analítica, isto é, a exposição e valoração individual e ordenada de *todas as provas practicadas*.”<sup>264</sup>

O julgador tem o dever de manter sua racionalidade verificável. Tratando-se de uma conclusão possível dentre outras, será necessário argumentar buscando o convencimento dos destinatários de que aquela é a melhor conclusão frente ao conjunto probatório que examinou.<sup>265</sup> 1) Optou pela hipótese que guarda

<sup>263</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Sobre a motivação dos fatos na sentença penal. Trad. Lédio Rosa de Andrade. In: ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Valoração da prova e sentença penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006. p. 104. No mesmo sentido, IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. pp. 204-205: “La denominada motivación implícita consiste sintéticamente en suponer que, cuando no se enuncian las razones que fundan una decisión, éstas se infieren de alguna otra decisión tomada por el juez. Así, si el órgano judicial otorga credibilidad al testimonio de Pedro (aduciendo que éste no mantiene vinculación, ni para bien ni para mal, con el acusado) pero se la deniega a la declaración de Pablo, consuegro y socio capitalista del imputado (sin adjuntar un triste motivo), las razones de esa desconfianza se deducen – por obra del argumento a contrario – de las razones que militan a favor de lo testificado por Pedro. Y eso se revela tan luminosamente razonable que obliga a bajar cualquier mirada crítica a ese respecto.”

<sup>264</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 226. (T.L., itálica nossa)

<sup>265</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. “Carpintaria” da sentença penal (em matéria de fatos). Trad. Lédio da Costa de Andrade. In: ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Valoração da prova e sentença penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006. p. 134: No contexto de justificação as operações que se

mais probabilidade de se corresponder com a realidade (*standard* da probabilidade prevalecente), porque a testou, falseou e ela foi a que sobreviveu; 2) resguardou-se das dúvidas razoáveis (*standard* além de qualquer dúvida razoável), a despeito da insuficiência da maior probabilidade em favor da hipótese acusatória que observou. E isso só é possível se na motivação justifica sua posição acerca de todas as provas produzidas. Se, do contrário, o ordenamento jurídico lhe autoriza a fazer uma motivação genérica, na forma do relato de uma história, poderá fazer o recorte que mais lhe favorecer, minando e esvaziando o caráter justificativo que a motivação deveria desempenhar. A justificação de uma hipótese apenas pode ser verificada mediante a comparação entre ela e as outras. Se o julgador esconde as provas que poderiam tornar as outras hipóteses mais prováveis, faz isso porque se sabe não-justificado.

Desse modo, percebe-se que a motivação é a garantia da racionalidade do julgador. Porque sabe que terá de justificar suas decisões, a valoração se torna mais cuidadosa, dependente de critérios que devem ser consistentemente aplicados. Nela deverão estar expostas analiticamente as razões pelas quais uma hipótese foi tida como mais provável, é a obrigação de motivar que, em última instância, recorda ao juiz que não pode se perder frente às alegações formuladas pelas partes, porquanto ele mesmo não será avaliado somente conforme um critério de coerência, mas sobretudo, terá de demonstrar estar atento ao propósito processual da correta determinação dos fatos, esta significando a busca pela hipótese que guarda mais chances de se corresponder com a realidade. A afirmação de que é possível conhecer e de que há algo externo ao processo que é passível de apreensão – ainda que de forma limitada – se relaciona diretamente com a reivindicação por um julgador que assume a tarefa de realizar a verdade como um dos propósitos do processo mediante critérios racionais e, por isso mesmo, controláveis.<sup>266</sup>

---

desenvolvem são de caráter argumentativo e estão orientadas a convencer da existência das melhores razões para a aceitação da conclusão que se propõe.”

<sup>266</sup>Controláveis e revistos via recursal. Se não fosse possível a reforma de decisões injustificadas, pouco adiantaria a exigência de decisões não-arbitrárias. Sabendo inviável a revisão do que julgou, o decisor se sentiria livre para decidir qualquer coisa em matéria de fatos. Cuidaria da questão de direito, mas a determinação correta dos fatos não seria um propósito a ser perseguido.