



Centro Universitário de Brasília

Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito

Doutorado em Direito

RICARDO ROCHA LEITE

**FATO E PROVA: REGRAS JURÍDICAS E FATORES EXTRAJURÍDICOS QUE
ATUAM NA PRODUÇÃO E VALORAÇÃO PROBATÓRIAS PELO JUIZ**

Brasília, DF

2024

RICARDO ROCHA LEITE

**FATO E PROVA: REGRAS JURÍDICAS E FATORES EXTRAJURÍDICOS QUE
ATUAM NA PRODUÇÃO E VALORAÇÃO PROBATÓRIAS PELO JUIZ**

Tese de doutorado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Leonardo Roscoe Bessa.

Brasília, DF

2024

Leite, Ricardo Rocha.

Fato e prova : regras jurídicas e fatores extrajurídicos que atuam na produção e valoração probatórias pelo juiz / Ricardo Rocha Leite. -- Brasília : O Autor, 2024.

232 p.

Tese (Doutorado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito.

1. Prova. 2. Fato. 3. Juiz. I. Título. II. Bessa, Leonardo Roscoe, orientador.

CDU 343.14
CDDir 341.434

RICARDO ROCHA LEITE

**FATO E PROVA: REGRAS JURÍDICAS E FATORES EXTRAJURÍDICOS QUE
ATUAM NA PRODUÇÃO E VALORAÇÃO PROBATÓRIAS PELO JUIZ**

Tese de doutorado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Leonardo Roscoe Bessa.

Aprovado em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Leonardo Roscoe Bessa – Orientador (CEUB)

Prof. Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy (CEUB)

Prof. Dr. Antônio Henrique Graciano Suxberger (CEUB) (Suplente)

Prof. Dr. Roberta Cordeiro de Melo Magalhães (CEUB) (Membro Externo)

Prof. Dr. Héctor Valverde Santanna (CEUB) (Membro Externo)

Prof. Dr. Atalá Correia (IDP) (Membro Externo)

Ao Hudson, presente em muitas aulas remotas durante a pandemia e ausente neste momento. Ele virou uma “estrelinha” e estará para sempre em nossos corações.

Aos meus pais, Paulo César e Fátima, e ao meu irmão, Gustavo, pelos valores que me foram passados.

À minha esposa, Ana Paula, e à minha filha, Olívia, pelo carinho e amor de sempre.

AGRADECIMENTO

É injusto que uma tese tenha apenas o nome do autor. Várias pessoas são responsáveis, direta ou indiretamente, pela concepção, desenvolvimento e produção desse trabalho acadêmico. Eu tive o privilégio de poder consultar professores, colegas e alunos sobre os assuntos contidos nessas páginas. São tantas as pessoas que me ajudaram que, infelizmente, não posso agradecer-lhes uma a uma. Agradeço, especialmente, as seguintes pessoas.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Leonardo Roscoe Bessa, a quem tenho enorme admiração e respeito.

Às Professoras e aos Professores de Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília (CEUB), pois encerro esse ciclo muito melhor do que entrei.

Ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, pelo incentivo à qualificação.

Às Servidoras e aos Servidores do Núcleo de Pesquisa e Atendimento ao Usuário (NUPESA) do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, pela inestimável contribuição para a obtenção das obras utilizadas nesta pesquisa.

“A verdade e a realidade, apesar disso, são coisas diferentes, porque, por mais verdadeira que seja uma explicação, ela nunca consegue representar a realidade em todos os seus aspectos”.

(Yuval Noah Harari)

“O mundo que percebemos é um ambiente artificialmente construído, cujas características e propriedades são ao mesmo tempo produto dos nossos processos mentais inconscientes dos dados reais. A natureza nos ajuda a preencher as lacunas de informação nos dotando de um cérebro que suaviza essas imperfeições, num nível inconsciente, antes mesmo de estarmos conscientes de qualquer percepção”.

(Leonard Mlodinow)

“A ciência tem limites e, ainda assim, a humanidade sempre procurou significados além desses limites”.

(Sabine Hossenfelder)

RESUMO

No processo judicial, quando é tratado o direito probatório, surgem questões quanto à prova e à determinação judicial dos fatos. O Direito, isoladamente, não é suficiente para solucionar todas essas questões. Há necessidade de uma abordagem interdisciplinar. São utilizadas outras áreas do conhecimento, tais como a Economia Comportamental, a Neurociência e a Psicologia, as quais trazem aportes científicos para demonstrar que uma tomada de decisão judicial pode conter outros fatores que não somente os fatores estritamente processuais. O objetivo do trabalho é investigar se há critérios para se adentrar na discussão de possíveis estados subjetivos na produção e valoração da prova acerca dos fatos controversos em uma relação processual. A pesquisa foi desenvolvida para responder a problemática jurídica existente sobre o modelo normativo de processo e uma abordagem interdisciplinar para análise das possíveis interferências extrajurídicas e extraprocessuais identificadas no contexto probatório. Foi realizada uma reflexão jurídica sobre o modo tradicional desenvolvido pelo sistema processual para produzir e valorar a prova, baseado em uma visão de neutralidade cognitiva e de presuntivismo. Discutiu-se, então, se o estado da arte da praxe forense brasileira resolve o problema apontado.

Palavras-chaves: fato; prova; regras jurídicas; fatores extrajurídicos; juiz.

ABSTRACT

The law of evidence in legal proceeding raises questions regarding evidence and the judicial determination of facts. Law, in isolation, is not sufficient to solve all these issues. An interdisciplinary approach is necessary. Other fields of knowledge—such as Behavioral Economics, Neuroscience, and Psychology—can be employed and bring scientific contributions to demonstrate that judicial decision-making may involve factors beyond strictly procedural ones. The aim of this study is to investigate whether there are criteria to delve into the discussion of possible subjective states in the production and evaluation of evidence regarding disputed facts in a legal proceeding. This study was developed to address the current legal issue concerning the normative model of legal proceeding and an interdisciplinary approach to analyze possible extralegal and extraprocedural interferences identified in the evidence context. A legal reflection is conducted on the traditional approach of the legal proceeding system to produce and evaluate evidence, based on a view of cognitive neutrality and presumptivism. This study discusses whether the literature of Brazilian forensic practice resolves the highlighted problem.

Keywords: fact; evidence; legal rules; extralegal factors; judge.

RESUMEN

En el proceso judicial, cuando se trata el derecho probatorio, surgen cuestiones con relación a la prueba y a la determinación judicial de los hechos. El Derecho, aisladamente, no es suficiente para solucionar todas esas cuestiones. Hay necesidad de un abordaje interdisciplinario. Son utilizadas otras áreas del conocimiento, tales como la economía comportamental, la neurociencia y la psicología, las cuales traen aportes científicos para demostrar que una toma de decisión judicial puede contener otros factores y no solo los factores estrictamente procesales. El objetivo del trabajo es investigar si hay criterios para adentrarse en la discusión de posibles estados subjetivos en la producción y valoración de la prueba acerca de los hechos controvertidos en una relación procesal. La investigación será desarrollada para responder a la problemática jurídica existente sobre el modelo normativo del proceso y un abordaje interdisciplinario para análisis de las posibles interferencias extrajurídicas y extraprocesales identificadas en el contexto probatorio. Se realiza una reflexión jurídica sobre el modo tradicional desarrollado por el sistema procesal para producir y valorar la prueba, basado en una visión de neutralidad cognitiva y de presuncionismo. Se discute si el estado del arte de la praxis forense brasileña resuelve el problema señalado.

Palabras clave: hecho; prueba; reglas jurídicas; factores extrajurídicos; juez.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 OS FATOS.....	15
1.1 A interpretação dos fatos	15
1.2 A verdade sobre os fatos.....	28
1.3 A imparcialidade do juiz	38
2 OS FATOS E O DIREITO.....	51
2.1 O Direito enquanto fato.....	51
2.2 A cognição feita pelo juiz	60
2.3 A motivação das decisões judiciais e o controle epistêmico	67
2.4 Conclusões parciais.....	77
3 A PROVA	79
3.1 Ônus da prova e sistemas de valoração	79
3.2 Presunções e máximas de experiência.....	92
3.3 Teoria racionalista da prova.....	107
4 OS FATORES EXTRAJURÍDICOS QUE PODEM INFLUENCIAR NA ANÁLISE DOS FATOS E DAS PROVAS.....	128
4.1 Comportamento judicial	128
4.2 Heurísticas e vieses	142
4.3 Neurociência e Psicologia do Testemunho.....	160
5 O DESAFIO DA PRODUÇÃO E VALORAÇÃO PROBATÓRIAS SEGUNDO ALGUNS MEIOS DE PROVA.....	174
5.1 Provas dependentes da memória.....	174
5.2 Busca pessoal e domiciliar e prova pericial	187
5.3 Prova documental e provas digitais	195
6 CONCLUSÃO	204
REFERÊNCIAS	208

INTRODUÇÃO

Tradicionalmente, a aplicação das normas jurídicas ocorre a partir do silogismo. A premissa maior contém a norma geral que deve ser aplicada; a premissa menor diz respeito aos fatos específicos em análise e, por último, a conclusão, que enseja a subsunção dos fatos à norma prevista abstratamente. A decisão judicial representa o resultado do raciocínio lógico. Esse modelo é costumeiramente repassado sem maiores aprofundamentos e discussões acerca do itinerário que deve ser percorrido para a sua obtenção.

O Direito é uma ciência social aplicada e necessita da interpretação por parte de seus operadores. Ao analisarem os fatos e as normas jurídicas, os sujeitos trarão, juntamente com a interpretação, suas observações e percepções sobre determinado acontecimento e o contexto social. Há uma indissociabilidade entre o fato, o Direito e o seu aspecto valorativo, na perspectiva do observador ou do denominado sujeito cognoscente. Busca-se, por meio da epistemologia ou teoria do conhecimento, um controle lógico e racional na análise dos fatos e das provas pelo juiz. A teoria racionalista da prova tem por finalidade evitar subjetivismo em um sistema cuja valoração das provas decorre de um (livre) convencimento motivado.

O ordenamento jurídico, na perspectiva de um Estado Democrático de Direito, busca estabelecer limites ao Estado e aos cidadãos. Do ponto de vista epistemológico, há instrumentos que estabelecem parâmetros e controles na atuação do juiz. O magistrado, ao analisar os fatos e valorar a prova, deve observar o devido processo legal, admitir somente as provas lícitas, agir de forma dialética e com boa-fé, além de motivar as suas decisões. Esse modelo busca atingir um juiz fiel, ou seja, aquele que busca a fidedignidade dos acontecimentos, sem qualquer desvio intencional.

Com relação às partes perante o Estado, há garantias que também propiciam um controle da atuação do Estado-juiz. Não é possível uma conduta que dê ensejo à autoincriminação e o cidadão deve ser presumido inocente até que seja proferida uma sentença condenatória transitada em julgado. A própria busca da verdade sobre os fatos não pode ocorrer de forma ilimitada, sob pena de se violar garantias constitucionais. A atuação do Estado, embora discricionária em alguns pontos, não pode ser arbitrária e os parâmetros de sua atuação têm um recorte epistemológico.

Também há mecanismos de controle quando se está a falar de um juiz infiel, ou seja, o magistrado que não busca a verdade dos fatos, mas, sim, favorecer uma das partes em

detrimento de outra. A contenção é feita por meio de um juiz ou juízo natural, investido de jurisdição e que não se revista de arbitrariedades. Outro mecanismo de controle é a exigência de um juiz imparcial, cujas causas de impedimento e de suspeição, caso presentes, podem ensejar a nulidade de atos processuais praticados pelo magistrado que atua com parcialidade. Além das situações tradicionalmente previstas na lei, houve recente alteração na legislação processual penal que traz à discussão uma abordagem interdisciplinar da imparcialidade.

No processo judicial, especialmente no estudo da teoria do direito probatório, surgem questões quanto à prova e à determinação judicial dos fatos. O direito, isoladamente, não é suficiente para solucionar todas as questões. É necessária uma abordagem interdisciplinar, na busca por uma racionalidade probatória. São utilizadas outras áreas do conhecimento, tais como a Economia Comportamental, a Neurociência e a Psicologia, as quais trazem aportes científicos para demonstrar que uma tomada de decisão judicial pode conter outros fatores que não somente os fatores estritamente jurídicos e processuais.

Quando se fala em fatores extrajurídicos ou extraprocessuais, é possível que incidam elementos que não constam no processo e que sejam utilizados pelo juiz para a formação do seu convencimento, o que pode dificultar o controle das partes. No processo penal, por exemplo, a discussão em torno do juiz das garantias passa pela análise de uma imparcialidade objetiva, justificada com base na teoria da dissonância cognitiva e na possível existência de um viés.

Da mesma forma, a previsão no Código de Processo Penal acerca das provas que o magistrado teve contato e posteriormente foram reconhecidas como ilícitas. O dispositivo legal (art. 157, §5º) foi reconhecido como inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (Ações Diretas de Inconstitucionalidade números 6298, 6299, 6300 e 6305). Essas situações denotam que há um olhar interdisciplinar para o direito probatório. Ao se analisar o comportamento judicial, sustenta-se a existência de outros modelos que não somente o modelo legalista ou ortodoxo para o juiz tomar uma decisão. É possível a existência de vieses cognitivos e atalhos mentais, a justificar a tomada de decisão de modo intuitivo e emocional.

O objetivo do trabalho é investigar se há critérios para se adentrar na discussão de possíveis estados subjetivos na produção e valoração da prova acerca dos fatos controversos em uma relação processual e as ferramentas de controle. A pesquisa será desenvolvida para responder à problemática jurídica existente sobre o modelo normativo de processo por meio de abordagem interdisciplinar para análise das possíveis interferências extraprocessuais identificadas no contexto probatório. É realizada uma reflexão jurídica sobre o modo tradicional desenvolvido pelo sistema processual para produzir e valorar a prova, baseado em uma visão

de neutralidade cognitiva e de presuntivismo. Metodologicamente, a pesquisa é do tipo jurídico-dogmática, de abordagem dedutiva. Elege como ferramentas a revisão bibliográfica e cotejo das categorias operacionais aplicáveis ao tema com o seu uso na praxe forense.

A investigação, de ordem teórica, com o suporte da abordagem qualitativa, será realizada em duas partes.

A primeira parte consiste em averiguar as premissas epistemológicas necessárias para a construção do estudo da relação entre os fatos e a sua inter-relação com o Direito. Há necessidade de se estabelecer alguns parâmetros que foram desenvolvidos, a partir de um Estado Democrático de Direito, com o intuito de controlar o exercício probatório realizado pelo julgador na busca da verdade, tanto os controles exercidos a partir de um juiz fiel (aquele que busca a verdade dos fatos), quanto os controles exercidos a partir de um juiz infiel (aquele que atua de forma a favorecer uma das partes, o seu próprio interesse ou de terceiros).

A importância dos fatos na sua interseção com o Direito é mencionada a partir de pontos que tratam da interpretação e do próprio aspecto de indeterminação do Direito, a justificar uma maior concretude e o necessário conhecimento dos fatos. Nesse ponto, discute-se a cognição do juiz e a motivação das decisões judiciais. A ideia de cognição necessita de um diálogo com a teoria do conhecimento, pois não se restringe à discussão jurídica de que o juiz exerce cognição somente pela análise dos fatos e das provas. Também com base na teoria do conhecimento, há a necessidade de motivação das decisões judiciais, não somente em um aspecto endoprocessual, mas também extraprocessual e a sua interação com o modelo democrático.

A segunda parte será destinada à análise das provas, a partir de uma teoria geral e da identificação dos sistemas de valoração das provas. Ao mencionar a possível existência de estados subjetivos do juiz, tornam-se relevantes os estudos sobre presunções e máximas de experiência, uma vez que, de certo modo, reduzem a exigência probatória e possibilitam maior liberdade judicial, com base em um juízo de probabilidade daquilo que ordinariamente acontece.

Como mecanismo epistemológico de controle da valoração da prova, há a teoria racionalista, a qual tem como ideal um conjunto de inferências lógicas, fundadas em premissas determinadas. Atualmente, os *standards* de prova, ou seja, a estipulação de padrões probatórios, são cada vez mais utilizados pela jurisprudência, tanto na obtenção dos meios de prova, como

na sua produção e até mesmo na sua fase final, consistente na valoração feita pelo juiz. A teoria racionalista tem por finalidade a contenção dos estados subjetivos de um juiz fiel.

A partir do recorte do realismo jurídico e dos estudos sobre comportamento judicial, são apontados fatores que não constam em um processo judicial e que podem ser utilizados pelo juiz para a tomada de decisão, tais como comportamento corporativista, ideológico ou estratégico. Serão estudadas as heurísticas e os vieses cognitivos, com aporte na Economia Comportamental, além da possível incidência da Neurociência e a sua interface com o Direito na tomada de decisão.

A partir do momento que se reconhece a epistemologia e a possível existência de fatores extrajurídicos ou extraprocessuais na tomada de decisão judicial, há a necessidade dessa correlação de acordo com alguns meios de obtenção de prova e meios de prova que podem gerar este estado subjetivo. Destaca-se o estudo das provas dependentes da memória, a partir da Psicologia do Testemunho, bem como da busca pessoal e domiciliar, da prova pericial, das provas documentais e do desafio epistemológico em relação às provas digitais e à sua confiabilidade para que sejam admitidas e valoradas pelo magistrado.

A contextualização da epistemologia com os possíveis estados subjetivos é feita a partir de uma análise conjunta do contexto da descoberta e o contexto da justificação com os possíveis fatores externos que podem influenciar a tomada de decisão judicial. Discute-se se o estado da arte da praxe forense brasileira resolve o problema apontado. Conclui-se pela necessidade de que o magistrado tenha conhecimento dos fatores extraprocessuais que podem influenciar a tomada de decisão judicial para uma melhora qualitativa do seu raciocínio probatório e a possibilidade de identificar desvios cognitivos na análise dos fatos e das provas.

O ineditismo que se busca com a tese é identificar as regras jurídicas que atuam no controle da tomada de decisão judicial. Simultaneamente, o sistema jurídico é aberto em alguns pontos, o que possibilita uma maior liberdade na atuação do magistrado, seja por meio das presunções, das regras de experiência ou do sistema de convencimento motivado ao valorar a prova. Embora a teoria racionalista busque evitar o subjetivismo e exercer um maior controle para evitar erros judiciários e manter a estabilidade, é possível observar que há uma abordagem interdisciplinar que trata de outros fatores que não constam no processo e que podem atuar no inconsciente do magistrado ao tomar uma decisão.

Nota-se que não há o devido diálogo entre os modelos descritivo e prescritivo e o reconhecimento de que há fatores que não podem ser controlados. As abordagens são isoladas: de um lado, as regras jurídicas, e, do outro lado, a teoria racionalista da prova para a busca do controle. Logo, não ocorre a necessária interlocução entre elas e o reconhecimento da existência de fatores extrajurídicos na tomada de decisão, por meio da Economia Comportamental, da Psicologia do Testemunho, da Neurociência e da Antropologia. No atual contexto, o sistema jurídico se mostra satisfatório e o mecanismo possível para a realidade jurídica e a melhora da prestação jurisdicional é que o próprio juiz reconheça a necessidade desse diálogo, para que sua atuação seja a mais próxima do ideal.

Embora os parâmetros legislativos sejam predominantemente extraídos da legislação processual civil e da legislação processual penal, entende-se que é possível sua aplicação em todas as áreas processuais, como no processo do trabalho, tributário e administrativo, entre outros. A construção de uma teoria geral da prova e o diálogo com as fontes permitem essa extensão, em razão da ausência de especificidades que justifiquem uma aplicação isolada.

1 OS FATOS

Os fatos são elementos fundamentais na construção da realidade e no desenvolvimento do conhecimento humano. Eles representam eventos ou situações verificáveis por meio de evidências. No contexto jurídico, a prova dos fatos é ferramenta central para o processo de adjudicação. Os sistemas jurídicos em todo o mundo desenvolvem regras específicas com o objetivo de minimizar a possibilidade de equívocos. A forma como os fatos são apresentados e compreendidos pode influenciar a tomada de decisão.

1.1 A interpretação dos fatos

Antes de se adentrar na análise dos fatos, é necessária uma abordagem do Estado Democrático de Direito e das normas jurídicas, para uma melhor compreensão dos fundamentos de um Estado Constitucional. O Estado é, tradicionalmente, estruturado com base no povo e de acordo com a delimitação territorial. Para que o Estado seja ordenado, há a necessidade da instituição de regras de conduta para que exista alguma segurança quanto ao futuro dos seus integrantes¹. Normalmente, as regras são pautadas por normas, as quais decorrem do contexto axiológico, moral e ético de determinada sociedade. Por meio das normas, são assegurados direitos e impostos limites aos cidadãos e ao Estado.

O Estado deve ser analisado sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito. A democracia é um regime de governo que assegura a participação dos cidadãos no cenário político e na construção do ordenamento jurídico. A eleição da democracia como princípio estruturante do Estado por meio da Constituição Federal e a instituição do povo como titular do poder, além do rol e direitos e garantias fundamentais, são vetores interpretativos essenciais para a compreensão do ordenamento jurídico nacional².

¹ A segurança também deve ser vista na perspectiva da estabilidade. Segundo a doutrina de Humberto Ávila, “Para que o Direito seja plenamente compreendido, porém, não basta que seja claro e minimamente determinado; deve ser também minimamente estável. Ora, um Direito que é constantemente alterado, em suas previsões ou em suas consequências, ao sabor das circunstâncias do momento e dos interesses em jogo, resulta inacessível e incompreensível a seus destinatários”. ÁVILA, Humberto. **Constituição, liberdade e interpretação**. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 15.

² Luigi Ferrajoli destaca que “E qualquer poder, por mais democrático que seja, é submetido, pelo paradigma da democracia constitucional, a limites e vínculos, como são os direitos fundamentais, destinados a impedir a sua degeneração, segundo a sua intrínseca vocação, em formas absolutas e despóticas”. FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo**: uma discussão sobre direito e democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 81.

O Estado Constitucional³ ou de Direito, no qual há a fixação de direitos aos cidadãos, divisão dos poderes e respeito à legalidade, assume uma posição social. O constitucionalismo é uma teoria ou ideologia que busca a limitação dos poderes do governo, para que o Estado seja estruturado e organizado política e socialmente em uma determinada comunidade⁴. Essa contenção do poder estatal foi evidenciada notadamente no período pós-Segunda Guerra Mundial.

O ordenamento jurídico é o conjunto de normas que estabelecem o padrão desejável em determinado contexto histórico-cultural. A discussão do Estado, do ponto de vista jurídico, perpassa pela normatividade, no sentido de obrigatoriedade, de imposição, para que os indivíduos sejam compelidos por uma autoridade soberana⁵. O descumprimento dessa imposição ocasiona a sanção jurídica, a qual implica aplicação de uma penalidade àquele indivíduo que agiu contra os interesses desejáveis do Estado.

Um ponto que deve ser destacado é que o Direito e a Moral são institutos que se conectam, porém são independentes. Segundo a clássica doutrina, o Direito seria o “mínimo ético”⁶. Há, do ponto de vista representativo, uma equiparação a círculos concêntricos, no qual o círculo maior corresponde à Moral e o círculo menor ao Direito⁷. A principal distinção entre os institutos é que a Moral não pode ser imposta aos cidadãos, ao contrário do Direito, que é coercível⁸.

O Estado e o Direito, segundo Miguel Reale, seguem três direções fundamentais: a técnica-formal, a sociológica e a culturalista⁹. A direção da técnica-formal tem como base a Escola do Direito Puro, de Hans Kelsen, a qual estabelece que o Direito é uma ciência que tem como objeto o estudo das normas e deve ser separada das demais ciências¹⁰. Embora essa teoria

³ Para José Joaquim Gomes Canotilho, “O Estado constitucional é ‘mais’ do que o Estado de direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para ‘travar’ o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela sociedade de legitimação do mesmo poder (*to legitimize State power*)”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 100.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 51.

⁵ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 273.

⁶ O conceito de “mínimo ético” está associado a Georg Jellinek.

⁷ Miguel Reale, ao tratar do mínimo ético, expõe o seguinte: “[...] consiste em dizer que o direito representa apenas o mínimo de Moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver. Como nem todos podem ou querem realizar de maneira espontânea as obrigações morais, é indispensável armar de força certos preceitos éticos, para que a sociedade não soçobre. A Moral, em regra, dizem os adeptos dessa doutrina, é cumprida de maneira espontânea, mas como as violações são inevitáveis, é indispensável que se impeça, com mais vigor e rigor, a transgressão dos dispositivos que a comunidade considerar indispensável à paz social”. REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 42.

⁸ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 46.

⁹ REALE, Miguel. **Teoria geral do direito e do Estado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 8.

¹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 1.

apregoe a pureza do Direito em relação às demais ciências, não ignora a sua conexão com outras áreas, tais como a Psicologia, a Sociologia e a Ética¹¹. Em um momento posterior da tese, será demonstrada a inter-relação entre o Direito, a Psicologia, a Economia Comportamental e a Antropologia.

A direção sociológica vislumbra o Direito como fato social e as normas refletem determinada conjuntura da sociedade¹². No tocante à dimensão do culturalismo jurídico, trata-se de uma concepção que se integra ao historicismo e aplica os princípios fundamentais da axiologia, ou seja, da teoria dos valores em função dos graus de evolução social¹³. Há, na interação do fato social e cultura, a ideia de que a interpretação fática detém carga valorativa.

A junção das três direções fundamentais do Estado e do Direito formam a chamada teoria tridimensional, a qual extrai de cada uma das escolas seus elementos fundantes: fato, valor e norma¹⁴. Há uma dialética de implicação¹⁵, ou seja, uma dimensão interfere na outra, sem que haja um confronto entre elas. A teoria tridimensional considera o Direito como elemento histórico-cultural, ou seja, fruto das concepções da sociedade. A indissociabilidade entre o fato e o Direito será analisada no próximo capítulo.

O Direito necessita da existência de um Estado para que tenha uma base sólida de aplicação. Da mesma forma, a institucionalização do Poder e a concentração de seu exercício em alguns agentes requerem a interseção do Direito. A coercibilidade, necessária para a sobrevivência do Estado, necessita de parâmetros que são circundados pelo Direito, o qual delimita a atuação estatal¹⁶. Para a análise da perspectiva do Estado de Direito ou Estado Constitucional e seus desafios no atual cenário, é necessário detalhar o exame do Direito como fenômeno social e contemporâneo à edição das normas jurídicas.

O ordenamento jurídico é o conjunto de normas que estruturam o sistema. As normas não devem ser vistas de forma isolada, mas sim no contexto sistemático do ordenamento e em

¹¹ Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 2.

¹² Miguel Reale, ao tratar da polissemia do Direito, apresenta três aspectos que devem ser considerados: “um aspecto *normativo* (o Direito como *ordenamento* e sua respectiva ciência); um aspecto *fático* (o Direito como fato, ou em sua efetividade social e histórica) e um aspecto axiológico (o Direito como *valor* de Justiça)”. REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 64-65.

¹³ REALE, Miguel. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 8.

¹⁴ Segundo a teoria tridimensional do Direito: “a) onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um *fato* subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um *valor*, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo e, finalmente, uma *regra* ou *norma*, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor”. REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 65.

¹⁵ REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 57.

¹⁶ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 6-7.

um diálogo permanente entre as fontes. O Direito, neste ponto, deve ser visto como o ordenamento composto de várias normas que se inter-relacionam. As normas jurídicas podem ser concebidas, basicamente, como normas de conduta e normas de estrutura ou organização: aquelas estipulam o comportamento que o cidadão deve ou não ter; estas estabelecem os meios e os procedimentos pelos quais provêm as normas de conduta válidas¹⁷.

A atividade de criação e interpretação do Direito passa pela compreensão dos fatos em um determinado contexto social. É importante que se compreenda que toda a estrutura do Estado Democrático de Direito é permeada pela atribuição de uma carga social e valorativa aos fatos, para que os acontecimentos sejam analisados e contextualizados no ordenamento jurídico por meio das normas, as quais buscam descrever condutas genéricas a fim de que sejam observadas pelos integrantes do Estado.

Após serem analisadas as concepções de Estado, democracia e normas jurídicas, passa-se à análise da repercussão desses elementos em um processo judicial, o qual representará a discussão sobre os fatos e a busca da verdade. As normas jurídicas são valoradas sobre fatos, na perspectiva tradicional de um silogismo. Os fatos têm um sentido jurídico de acontecimentos que ocorrem na vida cotidiana. Um dia de chuva, um dia ensolarado, um nascimento e um óbito são fatos rotineiros. A partir do momento que o acontecimento repercute para o Direito, esse fato passa a existir juridicamente, ou seja, a incidência da norma jurídica determina o ingresso do evento na seara do Direito¹⁸.

Os fatos são acontecimentos de grande relevância em um processo judicial, sobre os quais as provas recaem¹⁹. Há uma distinção entre os fatos genéricos e fatos individuais. O critério para essa diferença é a determinação temporal e espacial. Em um processo judicial, busca-se, em um primeiro momento, verificar se o fato individual ocorreu ou não. Em seguida,

¹⁷ Norberto Bobbio exemplifica da seguinte forma: “Uma norma que prescreve caminhar pela direita é uma norma de conduta; uma norma que prescreve que duas pessoas estão autorizadas a regular seus interesses em certo âmbito mediante normas vinculantes e coativas é uma norma de estrutura, na medida em que não determina uma conduta, mas fixa as condições e os procedimentos para produzir normas válidas de conduta”. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014. p. 47.

¹⁸ José de Oliveira Ascensão define o fato jurídico: “O elemento dinamizador da ordem jurídica é o *facto*. Os factos alteram as situações existentes, provocando efeitos de direito. Facto jurídico é por isso todo o facto que produz efeitos de direito. A noção de *facto* jurídico é vastíssima. Mesmo um facto natural ascende à categoria de facto jurídico se produzir efeitos no direito. Assim, o nascimento de uma criança é um facto jurídico, como o é a tempestade que fez naufragar o navio”. ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito: introdução e teoria geral**. Coimbra: Almedina, 2017. p. 18.

¹⁹ Há, excepcionalmente, situações em que a prova recai sobre o Direito, conforme prevê o artigo 376 do Código de Processo Civil. São as hipóteses de direito municipal, estadual ou consuetudinário, se o juiz determinar que sejam provados o seu teor e a sua vigência.

deve ser analisado se o fato individual se enquadra no fato genérico descrito na norma²⁰. A partir do conhecimento dos fatos, inicia-se a atividade do juiz do enquadramento jurídico, conforme a máxima *iura novit curia*²¹.

Essa ideia de vinculação aos fatos perpassa pela possibilidade de o juiz proferir uma decisão de terceira via, ou seja, aplicar o direito não alegado pelas partes, respeitado o contraditório, ou até mesmo contrariar a qualificação jurídica dos fatos apresentados pelas partes. São conferidos poderes ao magistrado para atribuir aos fatos o enquadramento jurídico que seja adequado. Da mesma forma, está presente a ideia de que o juiz fica vinculado aos fatos que foram apresentados pelas partes e não pode inovar no contexto dos acontecimentos em um processo. Há uma distribuição bem clara entre os atores processuais: às partes, cabe apresentar os enunciados de fatos, e, ao julgador, cabe enquadrar essas hipóteses no ordenamento jurídico.

Há maior preocupação com a interpretação jurídica do que com a interpretação dos fatos. Logo, observa-se uma discrepância quantitativa da literatura jurídica no que diz respeito ao estudo das questões de Direito quando se compara às questões de fato. Os fatos, conforme mencionado anteriormente, são reduzidos à falsa ideia de que a realidade pode ser aferida objetivamente. Contudo, a partir do momento em que são elaborados trabalhos que tratam da necessidade de um maior desenvolvimento teórico sobre o raciocínio judicial em torno dos fatos, a discussão assume contornos mais específicos²².

A *quaestio facti* e sua reconstrução em um processo judicial constituem uma tarefa complexa. As narrativas processuais propõem possibilidades e, ao mesmo tempo, trazem riscos, como imprecisão e até mesmo manipulação. A diversidade de perspectivas e os interesses dos sujeitos processuais influenciam essas narrativas. O *storytelling* é contado por sujeitos distintos e de modos diferentes, o que pode resultar em imprecisão e incompletude.

²⁰ LAGIER, Daniel González. **Quaestio facti**: ensaios sobre a prova, causalidade e ação. Salvador: Juspodivm, 2022. p. 26.

²¹ Segundo Paulo Roberto de Gouvêa Medina: “*Da mihi factum, dabo tibi ius* – é o complemento indissociável da máxima em estudo, que, posto na boca do juiz, estaria a sugerir à parte que se atenha aos fatos, uma vez que ele, o magistrado, por conhecer o direito está preparado para dar ao caso a solução jurídica adequada”. MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Iura Novit Curia**: a máxima e o mito. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 24.

²² Perfecto Andrés Ibáñez destaca essa desigualdade no estudo da interpretação dos fatos em relação ao estudo da interpretação jurídica: “*Esta evidencia resulta todavía más patente en aquella vertiente del razonamiento judicial referida a lo que habitualmente se conoce como ‘lo fáctico’, o ‘dos hechos’*. Materia, por otro lado, particularmente descuidada en la mayoría de las teorías sobre la interpretación, y abandonada así en buena medida a la subjetividad del intérprete”. IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Acerca de la motivación de los hechos en el proceso penal. **DOXA**: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 12, p. 257-299, 1992. p. 263.

Os fatos não são dados brutos impostos pela realidade e o mundo não é independente dos seus observadores. Há um “objetivismo ingênuo”²³ a partir de uma concepção comum sobre os fatos. Deve ser ponderado que existe uma distinção entre o fato externo, o fato percebido e o fato interpretado. As partes observam um fato de forma parcial e o juiz deve observar esse fato de forma centralizada, sem que seu olhar seja desviado para um dos lados²⁴.

A palavra “fato” é dotada de ambiguidades. Ao se dizer que, em um processo judicial busca-se perquirir o que realmente aconteceu, trata-se do chamado fato externo, despido de subjetividades. Contudo, como será abordado posteriormente, a verdade real é uma utopia no âmbito processual, pois o observador naturalmente agrega a esse acontecimento impressões que o evento externo causa na sua mente. Em seguida, de acordo com essas percepções, ele interpreta o fato a partir de dados sensoriais²⁵.

Em razão da ocorrência de acontecimentos observáveis, a pessoa os capta por meio de estímulos que provocam os sentidos. Esse estímulo gera sensações, as quais, conseqüentemente, ocasionam percepções. Por fim, ocorre a interpretação, que é a última etapa do percurso mental de um evento. No entanto, essa dinâmica não é considerada pelo Direito, pois, em um processo, idealiza-se que o fato externo seja objetivamente verificável.

De forma tradicional, a cognição do juiz é formada pela análise dos fatos e das provas; não são exploradas, contudo, as consequências da limitação humana no exercício dessa cognição. A mesma situação acontece no que diz respeito aos demais atores que atuam em um processo judicial, pois não se discute, por exemplo, sobre a existência dos chamados “neurônios-espelho”, os quais permitem a um indivíduo observar uma experiência vivida por outro e colocar-se no lugar dele. Esses neurônios espelham a atividade observada em outra pessoa.

Também é possível que se atribua intenções aos outros seres humanos, na tentativa de interpretar o que ele está querendo dizer. Esse contexto pode ser ilustrado quando uma pessoa vê outra consumir um pedaço de limão. O movimento de franzir a testa é praticamente reproduzido por aquele que não comeu a fruta²⁶. Esses neurônios, em conjunto com outras áreas

²³ LAGIER, Daniel González. **Quaestio facti**: ensaios sobre a prova, causalidade e ação. Salvador: Juspodivm, 2022. p. 28.

²⁴ CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, advogados**. São Paulo: Edijur, 2020. p. 58.

²⁵ LAGIER, Daniel González. **Quaestio facti**: ensaios sobre a prova, causalidade e ação. Salvador: Juspodivm, 2022. p. 30.

²⁶ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **O direito e sua essência**: uma introdução à epistemologia jurídica. Indaiatuba: Foco, 2023. p. 13-14.

do cérebro, constroem o conhecimento que, gradualmente, é agregado ao ser humano por meio de suas percepções e interpretações²⁷.

A objetividade da ciência não depende da objetividade do cientista. O cientista natural é dotado de parcialidade como qualquer outra pessoa, e o que se busca denominar como objetividade científica é a sua tradução crítica²⁸. A questão da parcialidade do magistrado será objeto de item próprio, em razão da existência de um indicador epistêmico específico para esse ponto. De qualquer forma, a imparcialidade de um sujeito e a verdade são temas discutidos sempre quando se aborda a lógica das Ciências Sociais.

Karl Popper, ao falar sobre o conhecimento, prevê a existência de três mundos. O “mundo 1” é representado pelo mundo físico, o mundo das coisas materiais. O “mundo 2” é o mundo das vivências, sobretudo conscientes e inconscientes dos seres humanos, as quais são formadas por processos mentais que ocorrem no cérebro. O “mundo 3” é composto por produtos espirituais e pensamentos que se tornam independentes dos sujeitos²⁹. Nessa visão, o “mundo 1”, das coisas materiais, dificilmente pode ser acessado de modo direto pelo ser humano, sendo, no máximo, interpretado em seu primeiro contato.

Existe, portanto, uma limitação dos sentidos e não há uma observação que não seja interpretada. A atribuição de sentido aos objetos e aos fatos é inerente à interpretação, que, por sua vez, é compreendida, transmitida e armazenada pela linguagem³⁰. Em um processo judicial, há narrativas de fatos — inicialmente observados pelas partes, com base em suas percepções e sentidos, que são posteriormente interpretados. Por meio da linguagem, uma parte transmite ao advogado o acontecimento, o qual percorrerá o mesmo itinerário para reportar ao juiz.

²⁷ O sistema visual é um dos sistemas de processamento do cérebro que funciona no inconsciente. Conforme Leonard Mlodinow, “os truques inconscientes que nosso cérebro emprega para criar memórias de eventos – feitos da imaginação, na verdade – são tão drásticos quanto as alterações que operam nos dados brutos recebidos por nossos olhos e ouvidos. A forma como esses truques conjurados pela nossa imaginação completa os rudimentos da memória podem ter efeitos abrangentes e nem sempre positivos”. MLODINOW, Leonard. **Subliminar**: como o inconsciente influencia nossas vidas. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2013. p. 63.

²⁸ POPPER, Karl R. **Em busca de um mundo melhor**. São Paulo: Martins Fontes. 2006. p. 103.

²⁹ Segundo Popper, “Quero tentar explicar o ponto primordial, a saber, a parte imaterial, o lado imaterial do mundo 3; ou, como também se pode dizer, o lado autônomo do mundo 3: aquilo que vai além dos mundos 1 e 2. Ao mesmo tempo, gostaria de mostrar que esse lado imaterial do mundo 3 não apenas desempenha um papel em nossa consciência – em que ele desempenha um papel fundamental –, mas que ele é *real*, até mesmo fora dos mundos 1 e 2: o lado imaterial (e não consciente) do mundo 3 pode, como eu gostaria de mostrar, exercer um *efeito* sobre nossa consciência e, por meio de nossa consciência, sobre o mundo físico, ou mundo 1”. POPPER, Karl R. **Em busca de um mundo melhor**. São Paulo: Martins Fontes. 2006. p. 39-40.

³⁰ Humberto Eco, ao falar dos limites da interpretação, afirma: “Consequentemente, texto algum pode ser interpretado segundo a utopia de um sentido autorizado fixo, original e definitivo. A linguagem sempre diz algo mais do que seu inacessível sentido literal, o qual já se perdeu a partir do início da emissão textual”. ECO, Humberto. **Os limites da interpretação**. São Paulo: Perspectiva, 2015. p. XIV.

É importante se desvencilhar do conhecimento comum, acrítico, para um conhecimento mais científico e filosófico, além de se buscar uma maior sistematicidade e verificar se é possível algum controle epistemológico. A epistemologia é um ramo do conhecimento que estuda como o ser humano conhece e compreende a realidade ao seu redor e como ele constrói o conhecimento objetivo a partir dessa realidade. O conhecimento designa o processo e o resultado deste. Assim, a epistemologia é um tema da Filosofia transportado para o Direito e pode ser vista como a “teoria tradicional do conhecimento seguro”³¹.

No campo do Direito, há a epistemologia jurídica³², que busca melhor compreender o fenômeno jurídico em suas mais variadas dimensões. O estudo epistemológico possibilita verificar se os diversos sistemas de investigação que pretendem estabelecer a verdade sobre fatos estão, ou não, estruturados adequadamente para gerar crenças verdadeiras a respeito do mundo. É um método utilizado para aferir o funcionamento e organização do conhecimento sistemático³³.

A epistemologia probatória busca estabelecer proposições e justificações para a determinação dos fatos em um processo e a busca da verdade. A Filosofia do Direito, por meio da epistemologia geral, tem por finalidade verificar se há critérios que legitimam o uso dos processos cognitivos na análise dos fatos. A correta determinação dos fatos é um indicador epistêmico, para que a decisão seja mais justa e evite erros judiciais. Por isso, busca-se investigar como os fatos ingressam em um processo judicial.

Existem dois projetos: o primeiro é o projeto prescritivo, que visa determinar quais regras facilitam ou dificultam a obtenção da verdade; o segundo é o projeto descritivo, que propõe a substituição de regras existentes para eliminar aquelas que representem obstáculos à

³¹ CASTAÑON, Gustavo. **Introdução à epistemologia**. São Paulo: EPU, 2007. p. 13. André Franco Montoro assim define a epistemologia: “Epistemologia, do grego *epistême* (ciência) e *logos* (estudo), significa etimologicamente ‘teoria da ciência’. Nesse sentido, podemos dizer, com Machado Neto, que ‘tratar da ciência do direito, ainda que para o mister elementar de defini-lo, é fazer Epistemologia’”. MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 34. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 52.

³² Larry Laudan define a epistemologia jurídica: “En términos generales, la epistemología aplicada es el estudio orientado a determinar si los diversos sistemas de investigación que pretenden estar buscando la verdad (em diferentes ámbitos) cuentan o no con un diseño apropiado que les permita generar creencias verdaderas acerca del mundo. Los teóricos del conocimiento – como a veces se conoce a los epistemólogos – son quienes rutinariamente examina prácticas de esta naturaleza, como la ciencia o las matemáticas, a los efectos de diagnosticar si son capaces de cumplir con su pretendido propósito (averiguar la verdad)”. LAUDAN, Larry. **Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2013. p. 23.

³³ Segundo Gustavo Castañon: “Estudar epistemologia é estudar o que faz de um tipo específico de conhecimento uma forma mais segura de conhecer aspectos de nossa realidade; o que faz de nosso conhecimento específico de aplicação prática de medicina, psicologia ou engenharia um corpo de conhecimento mais preciso e seguro do que outros corpos de conhecimento empíricos fundados unicamente na tradição real ou experiência privada”. CASTAÑON, Gustavo. **Introdução à epistemologia**. São Paulo: EPU, 2007. p. 14.

correta determinação dos fatos. Há uma busca por racionalidade na averiguação dos fatos, baseada no conhecimento e no que se denomina gnosiologia.

Há uma tendência de simplificação da realidade em decorrência das limitações da cognição humana. O raciocínio pode ser falho, resultante da incompletude do conhecimento³⁴. Além disso, diversas variáveis influenciam a tomada de decisão judicial. Segundo a epistemologia, o estudo da fiabilidade do conhecimento deve ser realizado com base em uma objetividade epistêmica, com a finalidade de dar atenção a critérios, parâmetros ou fatores que possam legitimar, de alguma forma, o pronunciamento judicial.

A reconstrução dos fatos demonstra que há problemas epistemológicos, notadamente porque no Direito essa teoria do conhecimento implica não somente conhecer, mas também decidir uma situação concreta com base na verdade dos fatos. Alvin I. Goldman menciona uma resistência pós-moderna à epistemologia e apresenta seis críticas à epistemologia baseada na verdade, dentre elas a de que o conhecimento é produto da linguagem, e que não existe uma linguagem independente; não há padrões neutros para divergências de ambientes. O que denominamos como “verdadeiro” é simplesmente aquilo que concordamos³⁵.

Nesse primeiro momento, é importante identificar que a busca da verdade pelos fatos, da forma como proposta pelo ordenamento jurídico, não reconhece as limitações da cognição humana. Além disso, é fundamental mencionar alguns controles epistemológicos no âmbito do parâmetro descritivo da epistemologia, visando uma melhor interpretação dos fatos, especialmente em relação a sujeitos processuais fiéis e infiéis, com destaque para o papel do juiz.

Os princípios atuam com essa finalidade, pois têm força normativa e compõem uma espécie do gênero normas jurídicas. São eles os princípios, os vetores interpretativos, os direcionamentos necessários para que os fatos sejam analisados segundo sua observância. Atuam como limite material e controle da atividade de busca pela melhor interpretação dos

³⁴ SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. **O direito e sua essência**: uma introdução à epistemologia jurídica. Indaiatuba: Foco, 2023. p. 73.

³⁵ GOLDMAN, Alvin I. **Knowledge in a social world**. New York: Oxford, 1999. p. 10.

fatos³⁶. Nesse ponto, a teoria do conhecimento traz vários princípios com a finalidade de demonstrar que a interpretação tem limites impostos pelo ordenamento jurídico³⁷.

O devido processo legal é o maior controle do juiz na análise dos fatos. É necessária a atuação de um juiz natural, regularmente investido de jurisdição, imparcial, que aja com boa-fé em relação aos demais sujeitos que atuam em um processo e de forma dialética, a fim de assegurar o exercício do contraditório e da ampla defesa, com todos os meios de defesa e recursos a ela inerentes. Além disso, como desdobramento do contraditório e da ampla defesa, há o direito fundamental à prova.

Em razão da importância, a imparcialidade será tratada em tópico próprio, pois a finalidade é coibir uma possível atuação de um juiz que não busca a verdade. Para isso, será abordado o controle epistemológico do magistrado por meio da eticidade nas relações jurídicas, concretizada na boa-fé objetiva e no ideal de um modelo cooperativo, bem como a necessária dialeticidade que é assegurada por meio do exercício do contraditório e do direito à prova.

Parte-se dos mecanismos de controle existentes no ordenamento jurídico para se evitar um problema do principal-agente³⁸, qual seja, observar que o juiz faça valer as regras jurídicas e não a sua própria opinião, valores ou ideologias. Neste estudo, será identificado que, além desses, há outros possíveis problemas na análise da tomada de decisão judicial ao se interpretar os fatos, em razão da existência de fatores que não são essencialmente jurídicos e que podem ser levados em consideração pelo juiz.

O devido processo legal, previsto no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, perpassa pelas mais variadas esferas de aplicação do Direito e seus desdobramentos estão consagrados no contraditório e na motivação das decisões judiciais. Esses desdobramentos são de singular importância para o estudo da epistemologia em um processo judicial. A Convenção Americana

³⁶ Acerca do garantismo, Luigi Ferrajoli prevê que “diversos princípios garantistas se configuram, antes de tudo, como um esquema epistemológico de identificação do desvio penal, orientado a assegurar, a respeito de outros modelos de direito penal historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade”. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 38.

³⁷ Segundo Humberto Ávila, “Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado das coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 78-79.

³⁸ De acordo com Ivo Gico T. Jr., “Primeiro, o magistrado pode, por qualquer razão, desviar seu comportamento e não seguir as regras jurídicas. Segundo, mesmo que o magistrado tente seguir as regras jurídicas, ele pode errar no exercício da sua função. No primeiro caso estaremos diante de um erro voluntário (dolo) e, portanto, de um problema principal-agente e, no segundo, de um erro involuntário (culpa). De um jeito ou de outro, do ponto de vista do Estado, ambas as decisões estão simplesmente erradas. GICO JR, Ivo T. **Análise econômica do processo civil**. Indaiatuba: Foco, 2020. p. 35.

sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), incorporada ao ordenamento jurídico nacional com nível supralegal, prevê várias garantias judiciais no seu artigo 8º, dentre elas o direito de a pessoa ser ouvida (*the right to be heard*) em juízo com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável.

Com o efetivo exercício do contraditório, os sujeitos processuais veiculam seus anseios, pontos de vista, intenções, valores e opiniões. A abertura às ideias e às manifestações, que é própria da democracia, encontra no contraditório a sua aplicabilidade na seara processual. Quando as devidas ponderações são analisadas, o mesmo jogo democrático que ocorre nos espaços públicos exteriores ao Judiciário também está presente dentro do processo (perspectiva endoprocessual), sob o nome de contraditório.

No âmbito judicial, a legitimidade para o exercício de uma parcela do poder estatal, o poder de dizer o direito pelo magistrado, decorre precisamente da discussão democrática em contraditório. Em sua posição processual peculiar, o juiz ouve os interessados, mas, em uma perspectiva democrática, precisa interagir com eles, de modo que a dialética do processo sirva de base para uma decisão final. A necessidade de interação decorre da própria assimetria de informação entre as partes e o juiz e busca fomentar o contexto da descoberta dos fatos pelo magistrado³⁹.

Em uma perspectiva mais moderna e mais democrática, ressalta-se a dimensão substancial, dinâmica ou material do contraditório, que acrescenta às duas características do contraditório tradicional (informação e possibilidade de reação) outros dois elementos. O contraditório substancial conjuga a informação e a abertura para a reação (dimensão formal) com a participação ativa do juiz no diálogo travado pelos interessados, com a possibilidade de efetiva influência das partes na formação do convencimento do magistrado.

Se o contraditório substancial carrega em si a possibilidade de influência da argumentação dos sujeitos parciais sobre a formação do convencimento do magistrado, deve-se ter na fundamentação da decisão judicial as condições para verificar se houve, ao menos, a possibilidade de influência. O imperativo do contraditório incide sobre o juiz na fundamentação. Apesar da necessária assimetria no momento da decisão final, diante da norma, o exercício do contraditório pelas partes tem o papel conformador da decisão, porque delimita uma moldura de fundamentos mínimos.

³⁹ GICO JR, Ivo T. **Análise econômica do processo civil**. Indaiatuba: Foco, 2020. p. 31.

É na fundamentação que os destinatários do provimento têm condições de verificar se foram realmente ouvidos, ou seja, se o juiz refletiu sobre aquilo que eles disseram e sobre as provas que foram produzidas. Se o juiz exerce a jurisdição em nome do povo, a própria sociedade passa a ter condições de inspecionar o exercício do poder decisório. Essa dimensão é conhecida como exoprocessual ou extraprocessual e tem um cariz democrático.

Acerca das provas em um processo judicial, cujos meios previstos no ordenamento jurídico serão tratados posteriormente, sua admissibilidade⁴⁰ e produção⁴¹ são vistas como um direito fundamental decorrente do contraditório e da ampla defesa. Da mesma forma, em razão da importância para esta tese, a motivação das decisões judiciais será objeto de estudo mais específico, já que se trata de um momento em que ocorre maior controle epistemológico dos fatos sob várias perspectivas.

Um ponto que merece destaque neste momento diz respeito à eticidade que deve existir nas relações jurídicas. Para que se analise os fatos, deve-se partir da premissa de que os sujeitos são éticos. Tradicionalmente, sempre se discutiu a regra jurídica da boa-fé na sua vertente subjetiva, ou seja, a necessidade de se adentrar no elemento anímico para aferir a real intenção do agente. A boa-fé subjetiva é a crença do indivíduo de agir de forma legítima, ou seja, que o seu comportamento está amparado pela juridicidade.

Em complemento a essa ideia da boa-fé subjetiva, o ordenamento jurídico passa a prever padrões desejáveis de comportamento, ou seja, condutas objetivamente aferíveis. A boa-fé objetiva é um princípio do direito que está previsto na teoria geral dos contratos, nas relações de consumo e nas relações processuais. Atua como vetor interpretativo para que todos os vínculos sejam circundados pela boa-fé. Também é um parâmetro para se aferir possíveis comportamentos das partes no que diz respeito à análise da existência de vícios processuais.

A boa-fé objetiva apresenta várias funções que a concretizam em um relação jurídica. Ela assume, por exemplo, uma função interpretativa, ao se falar que os fatos devem ser interpretados segundo a boa-fé (artigo 113 do Código Civil). Da mesma forma, a boa-fé opera em uma situação de cooperação, a justificar que em um processo judicial todos os atores

⁴⁰ Vitor de Paula Ramos, ao tratar do direito fundamental à prova, ensina: “Fere, pois, o direito fundamental à prova o indeferimento de prova admissível sob o pretexto de o juiz já ter se convencido sobre a verdade dos fatos”. RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 224, p. 41-61, out. 2013. p. 47-48.

⁴¹ “Quanto à produção, pois, o núcleo duro do direito à prova exige: (a) a possibilidade de produção imediata ou assecuração, assim como, em homenagem à ampla defesa, a assistência técnica e, em homenagem ao contraditório, a participação efetiva”. RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 224, p. 41-61, out. 2013. p. 50.

processuais colaborem para que haja uma decisão de mérito justa e efetiva, ou seja, que os fatos colocados em discussão sejam efetivamente analisados pelo juiz por meio de uma sentença definitiva. Trata-se do chamado modelo cooperativo de processo, que busca equilibrar o protagonismo das partes e do juiz⁴².

A colaboração, decorrente da função integrativa da boa-fé, também pode ser vista como um princípio processual e norma fundamental (artigo 6º, do Código de Processo Civil), além de um modelo de processo. Quando se aborda a análise dos fatos e sua melhor elucidação, o ideal epistemológico é que o juiz advirta previamente às partes acerca das consequências processuais advindas de um comportamento. Ainda como função integrativa da boa-fé, é possível se falar no dever de informação por parte do magistrado. Há uma inter-relação da boa-fé com o contraditório, ao se proibir que, em regra, uma decisão seja proferida sem a possibilidade de manifestação prévia das partes (artigos 9º e 10 do Código de Processo Civil).

Outro recorte epistemológico para uma melhor compreensão dos fatos é a aplicação, no âmbito do processo, da teoria dos atos próprios. A finalidade é preservar a coerência e a integridade do sistema, a evitar que algum sujeito adote um comportamento contraditório. O abuso do direito é uma situação que gera um ato ilícito⁴³, pois o titular de um direito excedeu os limites impostos pela boa-fé, conforme prevê o artigo 187 do Código Civil. É possível apontar, por exemplo, abuso do direito de ação e abuso do direito de defesa, justificando uma litigância predatória e requerimentos manifestamente protelatórios.

Conclui-se que a interpretação dos fatos encontra limites no ordenamento jurídico, para que os acontecimentos sejam trazidos ao processo dentro de padrões mínimos de aceitabilidade. Contudo, é possível um certo subjetivismo na análise dos fatos, tanto das partes quanto do juiz, pois são inerentes à natureza humana. A discussão em torno desse subjetivismo perpassa por toda a tese. A seção a seguir analisa a verdade sobre os fatos, pois essa é uma das grandes questões da epistemologia.

⁴² MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 78.

⁴³ Antônio Menezes Cordeiro, ao tratar do abuso do direito, apresenta a seguinte abordagem: “O elemento literal exprime um âmbito unificado por parte da previsão – o exercício do direito e o seu excesso manifesto perante certos limites – por uma qualificação, em epígrafe – o abuso – e pela estatuição – a ilegitimidade, ou, melhor dizendo, a proibição”. CORDEIRO, Antônio Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2017. p. 659.

1.2 A verdade sobre os fatos

As tentativas de definir “o que é” e “para que serve” a verdade recebem as mais variadas abordagens, como na Filosofia da Linguagem, na Sociologia, na Ética e na Política. Também é possível discutir a verdade no contexto da argumentação, tema que será tratado posteriormente. No momento, é importante identificar se é possível atingir um conhecimento amplamente verdadeiro ou se a verdade é algo inatingível em um processo judicial.

A rejeição em relação à existência de uma verdade gera um ceticismo apontado como *veriphobia*⁴⁴. A busca da verdade é vista como elemento finalístico. Do ponto de vista hermenêutico, tem como condição a análise do contexto histórico, cultural e da própria linguagem, ou seja, a verdade tem um conteúdo relacional entre o sujeito e objeto do conhecimento⁴⁵. O critério da verdade é fundamental na epistemologia, e existe um debate entre os epistemólogos sobre a sua obtenção.

A interpretação da verdade deve ser vista como um processo dinâmico e interativo, que decorre da interação entre o intérprete e aquilo que está sendo interpretado. A interpretação não é um processo linear, pois há uma historicidade na compreensão. Além disso, discute-se a existência de possíveis prévias opiniões em razão da dificuldade de uma neutralidade no processo hermenêutico, o que pode ensejar a verdade em uma perspectiva pessoal⁴⁶.

Karl Popper faz menção à ciência e à aquisição de novos conhecimentos na perspectiva da aprendizagem por ensaio e erro (falsificacionismo). Ao falar sobre verdade, racionalidade e desenvolvimento do conhecimento científico, o autor problematiza as teorias existentes. Há um

⁴⁴ Conforme Alvin I. Goldman, “*However, they all share a deep skepticism or utter repudiation of truth criterion for studying epistemic phenomena. They would raise a suspicious and even scornful eyebrow at any serious attempt to wield the concept of truth. I think they suffer from an affliction that may be called veriphobia*”. GOLDMAN, Alvin I. **Knowledge in a social world**. New York: Oxford, 1999. p. 7.

⁴⁵ Inocêncio Mártires Coelho, ao falar sobre a gnosiologia, a epistemologia ou a teoria do conhecimento, explica: “*Todos sabe tratar-se de uma das questões fundamentais da filosofia, mais precisamente, do fenômeno do conhecimento e dos problemas nele contidos: a saber: sua possibilidade, origem, essência, espécies e o critério de verdade*”. COELHO, Inocêncio Mártires. **A hermenêutica constitucional como teoria do conhecimento do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2020. p. 3.

⁴⁶ Hans-Georg Gadamer, ao tratar da alteridade da interpretação, afirma: “Em princípio, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem uma ‘neutralidade’ com relação à coisa nem tampouco uma anulação de si mesma; implica antes uma destacada apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais. O que importa é dar-se conta dos próprios pressupostos, a fim de que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade, podendo assim confrontar a verdade com as opiniões prévias pessoais”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 358.

contraponto em relação à verdade absoluta ou objetiva e as teorias subjetivistas da correspondência, da coerência e a teoria pragmática ou instrumentalista⁴⁷.

Em síntese, a teoria da coerência prevê, como o próprio nome indica, uma relação de coerência com um conjunto de crenças. Desse modo, distingue-se da teoria da correspondência, pois esta vê uma relação de uma proposição com o mundo. A teoria pragmática tem afinidade com as teorias da correspondência e da coerência, pois, segundo essa teoria, a verdade deriva da correspondência com a realidade e se manifesta pela sobrevivência da crença e sua coerência com outras crenças⁴⁸. Ludwig Wittgenstein propõe uma teoria baseada na verdade como correspondência entre proposições e fatos, ou seja, uma proposição é verdadeira se corresponde a um fato. Segundo o autor, apenas aquilo que pode ser representado pode ser verdadeiro ou falso⁴⁹.

A concepção semântica da verdade, embora reconheça possíveis ambiguidades em relação a um critério de adequação material da definição, aborda também a condição de correspondência, ou seja, uma afirmação é verdadeira se corresponder aos fatos do mundo. Alfred Tarski traz o exemplo da neve. Segundo o autor, “A sentença ‘a neve é branca’ é verdadeira se, e somente se, a neve é branca”⁵⁰. Há uma relação semântica de satisfação para que a verdade seja definida.

No campo da linguagem, o significado da verdade é analisado em seu contexto. A frase “Gabriel pegou o vírus” remete a uma interpretação literal do enunciado de que o sujeito está doente. Contudo, se Gabriel é um epidemiologista e foi até determinado local para coletar uma amostra do vírus, a interpretação gera contornos bem diferentes no que diz respeito às condições de verdade. O significado das palavras é mais robusto quando usado em contextos particulares⁵¹.

A verdade também pode ser analisada de acordo com o conceito de comunicação e de um processo comunicativo ideal, no qual há um diálogo aberto, democrático e livre de qualquer coerção. Em um espaço público, a verdade é formada a partir de um confronto de diferentes argumentos e onde os participantes estão em situação de igualdade, liberdade de expressão,

⁴⁷ Segundo o autor, “São subjetivas no sentido em que *provêm, todas elas, da posição subjetivista fundamental que só se consegue conceber o conhecimento como um tipo particular de estado mental, ou uma disposição, ou uma espécie particular de crença*, caracteriza, por exemplo, pela sua história ou pela relação com outras crenças”. POPPER, Karl R. **Conjeturas e refutações**. Lisboa: Edições 70, 2018. p. 376.

⁴⁸ HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas**. São Paulo: Unesp, 2002. p. 129.

⁴⁹ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**. São Paulo: Edusp, 2020. p. 162.

⁵⁰ TARSKI, Alfred. **A concepção semântica da verdade**. São Paulo: Unesp: 2007. p. 161.

⁵¹ LECLERC, André. Intencionalidade, verdade e ficção. In: PEREIRA, Eliomar; BRZOZOWSKI, Jerzy (org.). **Verdade, linguagem e prova: diálogos entre filosofia e direito**. São Paulo: Tirant, 2023. p. 36.

ausência de privilégios e ausência de coação. Há uma construção da verdade a partir de um melhor resultado argumentativo⁵².

Em razão dessas concepções subjetivistas da verdade, conclui-se que a discussão em torno da verdade objetiva é praticamente descartada no contexto atual do processo. Contudo, não é possível se falar na existência de mais de uma verdade, ou de que cada sujeito tem a sua verdade sobre os fatos⁵³. Cada parte constrói a sua hipótese acerca do que é verdade, ou seja, a verdade não é algo que se tenha, mas algo que decorre de uma declaração sobre alguma coisa. A construção da hipótese, corroborada pela aproximação ou acercamento da verdade sobre os fatos, caracteriza a ideia de uma verdade aproximativa.

No Direito, a verdade é discutida desde o direito natural⁵⁴. Os ideais de universalidade, justiça e bem comum estão em conformidade com o ideal de busca da verdade, pois a sua obtenção implica alcançar uma justiça substancial. Hans Kelsen é conhecido por sua abordagem positivista do Direito, que se concentra na análise das normas jurídicas e o direito natural não exerce um papel central em sua teoria jurídica. Contudo, o próprio autor chega a mencionar um relativismo axiológico como ponto de partida da teoria positivista do Direito⁵⁵.

Verdade e justiça também são ideais que se inter-relacionam. O ideal de justiça verdadeira pode ser entendido como um critério de justiça por equidade ou justiça distributiva, com a tentativa de beneficiar os menos privilegiados no que se reconhece como isonomia. As instituições sociais devem ser organizadas de acordo com princípios que sejam aceitos por todos

⁵² Jürgen Habermas, na sua teoria do agir comunicativo, descreve que a verdade não é um “conceito ligado ao sucesso” e que não há uma conexão conceitual entre verdade e assertibilidade em condições ideais. HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação ensaios filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2004. p. 47-48.

⁵³ Gustavo Castañon critica essa ideia de mais de uma verdade: “Afirmar que existem ‘várias verdades’ é o mesmo que se afirmar que existem ‘várias realidades’, e isto é, realmente, racionalmente inaceitável. Mais do que isso, se tomado ao pé da letra na vida cotidiana, só poderia conduzir a vida ao caos e à selvageria. Imagine se seu vizinho resolvesse pegar a TV de sua casa sob alegação de que na realidade dele aquela TV é sua? Ou ainda que na realidade dele aquela TV é seu cachorrinho morto?”. CASTAÑON, Gustavo. **Introdução à epistemologia**. São Paulo: EPU, 2007. p. 17.

⁵⁴ Immanuel Kant, em sua obra *A Metafísica dos Costumes*, trata da verdade: “Tal como a muito citada indagação ‘o que é a verdade?’ formulada ao lógico, a questão ‘o que é o direito?’ poderia certamente embarçar o jurista, se este não quisesse cair numa tautologia ou, ao invés de apresentar uma solução universal, aludir ao que as leis em algum país em alguma época prescreveram. Ele pode realmente enunciar o que é estabelecido como direito (*quid sit iuris*), aquilo que as leis num certo tempo dizem ou disseram”. KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Bauru: Edipro, 2003. p. 75-76.

⁵⁵ Kelsen, Hans. **A justiça e o direito natural**. Coimbra: Almedina, 2019. p. 100-102. O autor trata da verdade no contexto dos enunciados jurídicos: “Considera-se também verdade como um ‘valor’ lógico ou teórico para distinguir de um valor moral ou jurídico, como de um valor prático; acredita-se poder obter o desejado paralelo ou analogia entre enunciado e norma mediante a suposição de que ambos estão em qualquer relação com valores”. Kelsen, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 221.

os membros da sociedade, sem vínculo com suas características pessoais, como *status* social, inteligência e capacidade, o que ficou conhecido como “véu da ignorância”⁵⁶.

Luigi Ferrajoli explora a discussão em torno da verdade e traz o modelo de verdade aproximativa. A afirmação de uma proposição torna-se plausível do ponto de vista da verdade do que sabemos sobre ela. Uma tese mostra-se mais aproximativamente verdadeira quanto maior o seu poder de explicação⁵⁷. A verdade deve ser vista como o conjunto de declarações acerca do real, a partir de um processo de justificação. A realidade consiste naquilo que existe independentemente de quaisquer crenças.

Até o momento, foram trazidas acepções da verdade em alguns contextos. No âmbito de um processo judicial, a ideia mais consentânea diz respeito à verdade como correspondência. A realidade do mundo exterior, descrita ao se reconstruir os fatos, é o que importa para analisar um contexto processual. A finalidade é obter o conhecimento do fato, o qual é descrito por meio de asserções justificadas, euquanto a justificação dos fatos é obtida por meio das provas. Não há sentido, do ponto de vista pragmático de um processo judicial, aprofundar a discussão sobre a verdade e as teorias existentes sobre ela. O que é realmente válido é discutir os limites do conhecimento humano e como a realidade independe do sujeito cognoscente, embora haja uma carga axiológica na interpretação e descrição dos fatos.

Do ponto de vista epistemológico, em um processo, os fatos devem ter uma correspondência com aquilo que é descrito, a partir de um conhecimento⁵⁸. Todavia, o que se tem em um processo judicial não é o fato em si, mas um enunciado sobre ele. Embora a realidade seja objetivamente aferível, o enunciado sobre esse acontecimento está dotado de alguma carga valorativa. Esta questão será discutida nesta tese em tópico sobre a sua repercussão na tomada de decisão judicial.

A relação entre prova e verdade no processo deve ser analisada na perspectiva de seu elemento teleológico⁵⁹. A finalidade da prova é obter o conhecimento sobre os fatos ocorridos, os quais são objeto do raciocínio para a formação do convencimento. A verdade com base na reconstrução dos fatos é vista como um instrumento de legitimação do processo. Contudo, é

⁵⁶ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 166.

⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 53.

⁵⁸ Conforme destaca Gustavo Henrique Badaró: “Assim sendo, afirmações no sentido que a verdade é aproximativa, contingente, provável ou relativa, devem ser entendidas, principalmente em relação àqueles que adotam uma posição que a verdade possui natureza correspondista, no sentido de que o *conhecimento* sobre a verdade é aproximativo, contingente, provável ou relativo”. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Epistemologia judiciária e prova penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p. 92.

⁵⁹ FERER-BELTRÁN, Jordi. **Prova e verdade no direito**. Salvador: Juspodivm, 2024. p. 86.

preciso ponderar que a busca pela verdade também encontra limites na própria legislação. A verdade, ainda que em uma perspectiva correspondista, não pode ser alcançada a qualquer custo⁶⁰.

No ordenamento jurídico brasileiro, o Código de Processo Civil prevê, no artigo 369, que as partes têm o direito de empregar todos os meios de prova, lícitos e legítimos, para provar a verdade dos fatos. A construção ideal em torno dos fatos também é prevista no Código como um dever das partes e sua inobservância pode ocasionar a incidência da penalidade pela litigância de má-fé, ao não se expor os fatos em juízo conforme a verdade (artigo 77, I).

Há, tradicionalmente, uma distinção na doutrina entre a verdade formal e a verdade real ou material. A verdade formal é a verdade processual, ou seja, a verdade que é construída com base nos elementos existentes no processo; a verdade real é a busca daquilo que efetivamente ocorreu no mundo fenomênico. Além desse ponto, há uma distinção no que diz respeito à tutela dos bens jurídicos. A análise da verdade real remonta a Roma antiga, em que o juiz poderia abster-se de julgar a questão que lhe era posta⁶¹.

Como o juiz podia simplesmente dizer que não julgaria determinada demanda, a menção a uma verdade real no processo tinha algum sentido. Contudo, no contexto atual, o juiz não pode deixar de decidir e há critérios de julgamento caso permaneça no estado de dúvida após o encerramento da instrução processual⁶². O ônus da prova objetivo é um desses critérios e será objeto de maior detalhamento quando se tratar da prova, na segunda parte desta tese.

O Direito Processual Penal, por lidar com bens jurídicos mais relevantes, do ponto de vista de sua fragmentariedade e da intervenção mínima, busca a verdade real. No Direito Processual Civil, por tratar de bens jurídicos de menor relevância, a verdade processual é suficiente. A mencionada separação não faz sentido nessa perspectiva da relevância dos bens jurídicos, pois é possível que uma situação no âmbito cível que envolva, por exemplo, a guarda

⁶⁰ De acordo com Marina Gascón Abelán, “Mas, de novo, a verdade não é o único interesse em jogo. Além da verdade, existem outros valores que dignos de proteção e contra os quais o interesse pela verdade deve ceder. Os exemplos são muito diversos, mas entre eles destacam-se em particular a dignidade humana, a liberdade e outros direitos”. GASCÓN ABELÁN, Marina. **O problema de provar**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2022. p. 126.

⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 29.

⁶² É importante destacar que, embora o juiz não possa abster de julgar, a jurisdição é prestada sem que necessariamente haja atos decisórios. Conforme prevê Antônio do Passo Cabral, “Como se percebe, ao contrário do que se costuma professar, os pronunciamentos judiciais nem sempre são decisórios. Às vezes o magistrado limita-se a instruir, esclarecer, questionar, dentre muitas outras espécies de manifestações”. CABRAL, Antônio do Passo. **Jurisdição sem decisão**. Salvador: Juspodivm, 2023. p. 102.

de uma criança ou adolescente seja mais relevante do que uma situação que envolva crimes patrimoniais⁶³.

No processo penal, há uma crítica em relação à busca da verdade real ou material em torno de um possível confronto com as garantias constitucionais. Discute-se se a busca da verdade real enseja uma desmedida ambição pela verdade e a consequente violação de garantias constitucionais⁶⁴. Além disso, há críticas em relação às incertezas que permeiam o processo em razão das limitações do próprio sistema, decorrentes da incompletude das evidências, a fiabilidade dos testemunhos e a subjetividade das interpretações⁶⁵.

No caso da persecução penal em juízo, o Código de Processo Penal é expresso ao prever, no artigo 3º-A, que o processo penal tem natureza acusatória e veda a iniciativa probatória do juiz e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. A busca pela verdade pelo juiz ficaria condicionada a uma atuação subsidiária e complementar na produção de provas. Quanto à substituição da atuação probatória, a vedação decorre do sistema acusatório que vigora na legislação processual penal.

A gestão da prova pelo juiz é tema relevante na discussão no direito probatório e tem maiores reflexos na discussão em torno de uma atuação imparcial do magistrado, a qual será objeto de melhor análise no item seguinte. Esse destaque decorre da situação de o tratamento da iniciativa probatória do magistrado ser diferenciado nos processos civil e penal. No caso do processo civil, há a previsão expressa no sentido que o juiz pode produzir uma prova de ofício, ou seja, sem que haja provocação das partes.

A busca pela verdade em torno dos fatos deve ser equilibrada. Conforme abordado acima, há uma clássica distinção na busca pela verdade no processo, a justificar uma diferenciação de acordo com os bens jurídicos tutelados. Todavia, essa visão está superada em razão das teorias existentes em torno da verdade e da sua análise em um processo civil. Além

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 32.

⁶⁴ KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. Belo Horizonte: Letramento, 2016. p. 149.

⁶⁵ Segundo Larry Laudan, “*En claro contraste, la epistemología jurídica apenas existe con un área reconocida de reflexión. Pese a la aceptación casi universal de la premisa de que un proceso penal es una institución jurídica que busca averiguar la verdad sobre algún delito, reina una considerable incertidumbre y confusión en torno a si las múltiples reglas procesales y probatorias que estructuran el sistema de impartición de justicia penal, facilitan u obstaculizan el descubrimiento de la verdad*”. LAUDAN, Larry. **Verdad, error y proceso penal**: un ensayo sobre epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 23.

dessa diferenciação entre verdade formal e material, é importante abordar que há filtros legais que estabelecem limites à busca da verdade⁶⁶.

Um controle epistemológico diz respeito aos princípios do *in dubio pro reo* e da presunção de inocência⁶⁷. Se os elementos probatórios existentes no processo são insuficientes, o juiz deve proceder a uma sentença absolutória. No âmbito do processo penal, a incerteza não pode ceder a uma ambição de verdade, a ponto de culminar em uma iniciativa probatória do juiz que vá além do caráter subsidiário e complementar, nos termos da legislação processual penal.

A presunção de inocência ou de não culpabilidade implica regra probatória, regra de garantia e regra de tratamento. O ônus da prova é da acusação, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal, ou seja, recai sobre o Órgão de acusação, que formula a hipótese acusatória, o encargo de comprovar os fatos que alega. No que diz respeito à garantia, o acusado não pode ter os seus direitos tolhidos no curso do processo. Por último, a regra de tratamento diz respeito à impossibilidade de o Estado agir e se comportar em relação ao acusado como se fosse um condenado.

Ao se falar em uma presunção de não culpabilidade como regra probatória, recai a ideia de que o réu não deve ser considerado culpado até que se prove o contrário⁶⁸. Essa prova em sentido contrário estabelece um grau de suficiência probatória para que a presunção seja desconstituída. Há um *standard* de prova, o qual atua como critério epistemológico para que a busca pela verdade não ultrapasse os limites da razoabilidade e da proporcionalidade e que a eventual sentença condenatória estabeleça padrões mínimos, pois o juiz deve formar o seu convencimento além dos elementos colhidos na investigação preliminar.

A matéria das presunções, notadamente as presunções legais, implica reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, de situações em que a verdade é muito difícil de ser provada. Desse modo, aplica-se a ideia de probabilidade ou de juízo de verossimilhança. Nas presunções legais, a legislação busca restringir o raciocínio inferencial do juiz no caso concreto, pois a situação

⁶⁶ MORGADO, Pedro Trigo. **Admissibilidade da prova ilícita em processo civil**. Forte da Casa: Petrony, 2016. p. 66.

⁶⁷ Segundo Ferrajoli, há um esquema epistemológico de identificação do desvio penal, a orientar o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo. Para aprofundar a discussão, ver FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 38.

⁶⁸ Luigi Ferrajoli cita na epistemologia do modelo garantista, além da presunção de inocência, a legalidade estrita, materialidade e a lesividade dos direitos, a responsabilidade pessoal e o contraditório entre as partes. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 37.

remete tão somente à necessidade da prova do fato básico ou secundário. A presunção atua em um contexto em que há uma redução de exigência de prova.

Outro controle na busca da verdade dos fatos diz respeito à inadmissão das provas ilícitas (artigo 5º, LVI, da Constituição Federal). A busca da verdade dos fatos não pode se sobrepor à violação de direitos fundamentais e regras procedimentais, nem a situações que podem gerar uma autoincriminação. A salvaguarda dos direitos fundamentais e do procedimento são instrumentos importantes para que não haja arbitrariedades por parte do Estado nem dos demais sujeitos que atuam em uma relação processual. Há uma construção acerca das provas ilícitas, inclusive daquelas que com ela tenham algum nexo de causalidade e que, inicialmente lícitas, possam ser consideradas ilícitas em razão da derivação com alguma prova obtida ilicitamente.

A questão da prova ilícita gera discussões em torno da sua possível admissão em situações excepcionais. A Lei n. 9296/1996, que trata da relativização da inviolabilidade das comunicações telefônicas, prevê a admissibilidade da captação ambiental feita por um dos interlocutores, sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público, para utilização como matéria de defesa, quando demonstrada a integridade da gravação (artigo 8º-A)⁶⁹.

Essa situação demonstra a possibilidade de ponderação de interesses no que diz respeito às normas jurídicas. O aparente conflito pode ser solucionado com base na excepcionalidade da obtenção da prova, ou seja, da inexistência de meio menos gravoso e da tensão de interesses, a justificar um possível sopesamento e definir no caso concreto qual tem maior densidade⁷⁰. A inviolabilidade das comunicações telefônicas visa preservar a intimidade dos interlocutores, mas não pode ser utilizada de forma indiscriminada como salvaguarda para práticas ilícitas⁷¹.

⁶⁹ O Superior Tribunal de Justiça entendeu pela incidência da legítima defesa probatória em caso que envolveu um anestesista que supostamente abusava de mulheres durante o parto. Os funcionários da equipe de enfermagem registraram a ação do suspeito em razão da vulnerabilidade da vítima que estava sedada e sem possibilidade de reação. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Habeas Corpus nº 812.310 – RJ (2023/0105045-3)**. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 21 jun. 2023. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202301050453&dt_publicacao=28/11/2023. Acesso em: 2 set. 2024.

⁷⁰ Robert Alexy cita o exemplo da admissibilidade da realização de uma audiência sem a presença do acusado que, devido à tensão, tinha o risco de sofrer um infarto. Segundo o autor, “O Tribunal observou que nesse caso há ‘uma relação de tensão entre o dever estatal de garantir uma aplicação adequada do direito penal e o interesse do acusado na garantia de seus direitos constitucionalmente consagrados, para cuja proteção a Constituição também obriga o Estado’”. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 94.

⁷¹ Eduardo Cambi trata da proporcionalidade no caso concreto: “Caso contrário, a regra do art. 5º, inc. LVI, CF, poderia servir de pretexto para a impossibilidade de proteção de outros direitos fundamentais, que, para serem jurisdicionalmente tutelados, necessitam de verificação mediante provas”. CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 72.

Um instituto tipicamente processual que pode limitar a busca da verdade é a preclusão, a qual tem estreita relação com a segurança jurídica e com a coisa julgada no que diz respeito ao seu efeito. A discussão sobre esse instituto e a verdade é tema que trata de uma possível limitação da busca da verdade no que diz respeito ao direito à produção da prova. A preclusão é a perda de uma faculdade processual⁷² e o seu não exercício no momento processual oportuno pode ensejar a perda da possibilidade de ser admitida e produzida uma prova em um processo.

A segurança jurídica⁷³ diz respeito à necessidade de estabilidade e previsibilidade de um sistema. A busca pela verdade em um processo judicial não pode ser infinita, pois, caso contrário, essa situação pode gerar a inconfiabilidade no próprio sistema. Na tentativa de preservar o sistema estável, há a coisa julgada que torna uma decisão de mérito imutável e indiscutível, ressalvadas as hipóteses previstas em lei para uma ação rescisória ou uma revisão criminal, além de, em situações ainda mais excepcionais, o instituto da *querela nullitatis insanabilis*. Contudo, em algum momento, não se poderá mais discutir um pronunciamento judicial, sob o argumento de busca da verdade.

Além da dificuldade em se obter uma teoria do conhecimento sobre a verdade objetiva⁷⁴ em um processo judicial e das próprias limitações do ordenamento jurídico na sua obtenção⁷⁵, discute-se o conceito da verossimilhança, em razão da impossibilidade de obtenção de uma certeza. A certeza é um *status* subjetivo e diz respeito a uma afirmação de que a verdade gera no sujeito um conhecimento em alto grau. Contudo, é possível dizer que uma afirmação é verdadeira independentemente da certeza de que há no convencimento de alguém.

A certeza é gerada pelo grau de suficiência que se tem sobre um enunciado. O magistrado, segundo o sistema da persuasão racional, forma o seu convencimento a partir das

⁷² CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 2009. p. 450. Para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, a preclusão é um princípio: “Pela ótica do princípio da preclusão, a divisão do procedimento em fases traz consigo a exigência de realizadas as perspectivas providências na fase processual correspondente ou dentro de determinado espaço de tempo, findo o qual o ato não poderá se realizar (*Präklusivstadien*)”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 228.

⁷³ A segurança jurídica pode ser analisada tanto na perspectiva de um fato como de um valor. ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 114.

⁷⁴ Michele Taruffo fala em uma distinção inútil entre verdade absoluta e verdade relativa. Para o autor, a verdade absoluta não pertence ao mundo das coisas humanas e, conseqüentemente, não pertence ao mundo da justiça e do processo. TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2016. p. 105.

⁷⁵ Segundo Michele Taruffo, “Quanto às regras que concerne, à produção – e, por vezes, até mesmo à valoração das provas – pode-se observar que isso não implica, entretanto, que essas determinem a descoberta de uma verdade *diferente* daquela que se poderia descobrir fora do processo. Pode-se dizer que essas produzem um *déficit* na apuração da verdade que se dá no processo, já que, por exemplo, obstam a produção de provas relevantes à apuração dos fatos cujo conhecimento é importante para a decisão”. TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2016. p. 107.

justificativas apresentadas pelas partes em um processo judicial⁷⁶. Há diversos níveis de certeza que vão desde a incerteza até a certeza absoluta, que seria a falta de incerteza. O ordenamento jurídico soluciona essa incerteza como critério de julgamento, seja quando distribui o ônus da prova, ou quando estabelece, no processo penal, o benefício da dúvida, decorrente da presunção de inocência, conforme exposto anteriormente.

Há uma distinção que é utilizada tradicionalmente quando se faz a análise da cognição pelo juiz. Como a cognição consiste na análise dos fatos e das provas, a profundidade da cognição pode variar de acordo com a espécie de tutela a ser prestada pelo Estado. Em determinadas situações, fala-se em uma cognição superficial ou horizontal, em que o juiz é autorizado a decidir com base em um juízo de verossimilhança; quando se fala em cognição exauriente ou vertical, o magistrado deve decidir com base em um juízo de certeza.

A discussão em torno de um enunciado verdadeiro e de um enunciado verossímil é apresentada no contexto atual do processo, pois pode acontecer que algo verossímil não se mostre verdadeiro. Da mesma forma, há uma repercussão em torno da probabilidade e da verdade, no que diz respeito ao grau de confirmação de um enunciado. As questões em torno da verossimilhança e da probabilidade serão analisadas detalhadamente quando forem abordados aspectos relacionados às provas. De qualquer forma, é mais um elemento em que denota essa relativização da verdade objetiva e da certeza em um processo judicial.

A verdade sobre os fatos é tema relevante no processo. Embora o Código de Processo Civil trate da verdade como um elemento finalístico, não há maiores dados consistentes do seu significado. Existem várias teorias sobre a verdade e o reconhecimento da dificuldade de sua obtenção na reconstrução histórica dos fatos. Além disso, há um controle epistemológico nos limites da busca da verdade, para que sejam evitadas arbitrariedades e se preservem os direitos fundamentais e a segurança jurídica.

Os limites impostos pelo ordenamento jurídico na busca da verdade repercutem diretamente no direito probatório, com a finalidade de se discutir os conceitos de institutos como verossimilhança e probabilidade, os quais atuam como redutores de exigências probatórias em razão da existência de presunções legais e judiciais. A partir do momento que a verdade é relativizada, verifica-se se é possível o exercício de controles epistêmicos em

⁷⁶ A crítica a essa correspondência entre verdade e certeza é apresentada por Michele Taruffo: “Não há quem não veja que desse modo configura-se a decisão sobre os fatos como uma espécie de intuição, de ordem emocional, de execução integralmente subjetiva, para não dizer solipsista”. TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade:** o juiz e a construção dos fatos. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2016. p. 110. A questão da intuição no comportamento judicial será objeto de análise em tópico posterior.

situações em que há uma discricionariedade do magistrado, com base em uma valoração racional da prova⁷⁷.

Da mesma forma que ocorre na interpretação dos fatos, a busca pela verdade com resultado ideal em um processo judicial tem parâmetros que são estabelecidos, para que haja um controle da atuação do juiz. Entretanto, mais uma vez, o subjetivismo pode estar presente na perspectiva do sujeito cognoscente, pois, ao se tratar da dificuldade de se delimitar a verdade, além da construção da verossimilhança e de probabilidade, surgem possíveis discussões em torno da incerteza que pode existir em um processo judicial e da dificuldade imposta ao juiz em razão da impossibilidade de optar por não julgar um processo que lhe é colocado à apreciação.

Os controles anteriormente descritos são limites legítimos impostos a um juiz fiel, ou seja, a um magistrado que busca uma fidelidade entre os fatos, as provas e a verdade. Todavia, também há limitações para um juiz infiel, ou seja, para um juiz que pode não buscar a verdade dos fatos, ainda que de forma inconsciente ou culposamente. Esse instrumento para a contenção de um juiz infiel é evidenciado pela necessidade de um juiz imparcial e equidistante das partes.

1.3 A imparcialidade do juiz

No Direito Romano, havia a figura do magistrado eleito que apresentava aos administrados os projetos que pretendia desenvolver. Esses magistrados eram os cônsules, censores ou governadores das províncias. Havia, também, os magistrados judiciários, investidos de jurisdição. Em Roma, eram os pretores⁷⁸. No nosso ordenamento jurídico, o magistrado não é eleito para o cargo, embora seja considerado um agente político, o qual deve passar a confiança que é construída a partir de uma postura ética e de responsabilidade social⁷⁹. Além disso, o

⁷⁷ Segundo Daissou Flach, “O conceito clássico de prova é impregnado de conteúdo ético, no sentido de que as premissas do raciocínio judicial resultam de opções realizadas no próprio processo discursivo de sua formação. A ideia clássica toma a prova como *argumento* no seio de uma racionalidade que não separa radicalmente o fato do direito, entendendo-os como reciprocamente implicados na solução de um problema cuja compreensão se dá a partir da aproximação tópico-retórica. Remonta uma lógica do *provável* e do *verossímil*, sem pretensão de verdade incondicional”. FLACH, Daissou. **A verossimilhança no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 46.

⁷⁸ CRETELLA JÚNIOR, J. **Curso de direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 47.

⁷⁹ MATOS, José Igreja. **Um modelo de juiz para o processo civil actual**. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 150. Jorge F. Malem Seña prevê que, “De facto, é comum afirmar-se que não basta que os juízes sejam independentes, imparciais, competentes e honoráveis, mas também que, tal como a mulher de César, assim o devem parecer. A aparência de justiça das decisões judiciais é importante para gerar confiança no que se sujeita aos tribunais, assim como, para desse modo contribuir para a estabilidade do sistema jurídico e político”. SEÑA, Jorge F. Malem. Podem as “más pessoas” ser bons juizes? **Julgar**, Coimbra, n. 2, p. 31-54, 2007. p. 40.

magistrado no contexto atual também deve ser visto como gestor no que se refere ao núcleo decisional (*case management*).

O Estado Democrático de Direito tem por finalidade assegurar um devido processo legal, conduzido por um juiz imparcial e que não busque favorecer uma das partes em detrimento de outra⁸⁰. A ideia da imparcialidade é aferida a partir de um juiz natural, sendo que a Constituição Federal reproduziu as duas principais vertentes, ao tratar da impossibilidade de juízo ou tribunal de exceção e de que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (artigo 5º, incisos XXXVII e LIII).

A ideia de um juiz natural remonta a uma reação ao Absolutismo. Posteriormente, com a consolidação do Estado de Direito, passou a ser positivado em vários ordenamentos jurídicos, inclusive no Brasil. Na Constituição Federal de 1988, é um direito fundamental de caráter principiológico, de natureza processual, com a intenção de impedir uma escolha arbitrária do juiz. O princípio do juiz natural também é analisado na perspectiva de critérios de competência, ao se prever, por exemplo, a ideia de uma identidade física do juiz, a vincular o magistrado para julgar o processo em que houve a produção de prova oral⁸¹.

A garantia de um juiz natural é tridimensional: não haverá juízo ou tribunal de exceção, ou seja, aquele criado para julgar determinado caso, *ex post facto*; todos têm direito a julgamento proferido por juiz competente, previamente designado por lei; e esse juiz competente tem de ser independente e imparcial para proferir julgamentos fundamentados nos fatos e nas provas de acordo com a sua convicção, em âmbito judicial ou administrativo⁸².

O magistrado deve agir de forma independente e imparcial⁸³, para que não atue mediante violência institucional, perseguição política, discriminação negativa ou corrupção⁸⁴.

⁸⁰ Conforme prevê Sidnei Agostinho Benetti, “Temos de transmitir a certeza de que sempre agimos como juízes, pensando imparcialmente os direitos e dando a eles a solução adequada”. BENETTI, Sidnei Agostinho. **Da conduta do juiz**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 26.

⁸¹ No Código de Processo Penal, há expressa previsão de que o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença (artigo 399, §2º).

⁸² NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 166.

⁸³ Antônio do Passo Cabral expõe uma distinção entre independência e imparcialidade: “Enquanto a independência diz respeito a uma blindagem institucional dos órgãos judiciais, a imparcialidade remete a um atributo *pessoal* do juiz, exigindo distância dos interesses em jogo e neutralidade na apreciação dos argumentos e provas das partes, sem favorecer indevidamente quem quer que seja ou julgar em prol de interesse próprio (*nemo iudex in re sua*)”. CABRAL, Antônio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. RB-2.9. E-book. Acesso em: 3 jun. 2024.

⁸⁴ Orlando Viegas Martins Afonso apresenta uma diferença entre o magistrado ser imparcial e o magistrado ser isento: “Ser isento significa não estar comprometido, em primeiro lugar, consigo próprio: como os seus pré-juízos, os seus ódios, as suas paixões, as suas simpatias e antipatias as quais o juiz, enquanto ser humano, tem dificuldade de escapar. Em segundo lugar, não estar comprometido com a comunidade ou sociedade que o

A corrupção no meio social remonta desde a Antiguidade. Montesquieu, em sua obra *O Espírito das Leis*, destaca no Livro VIII que “a corrupção de cada governo começa quase sempre pela corrupção de seus princípios”⁸⁵. É um fenômeno social complexo e que é evidenciado em vários segmentos da sociedade. A utilização de cargo público para fins econômicos, escusos, caracteriza o seu abuso. Da mesma forma, a omissão no que diz respeito ao cumprimento de uma norma jurídica pode vir a caracterizar corrupção.

Nessa seara da análise da corrupção, deve ser destacada sua faceta mais ordinária no meio social, que consiste na alteração do processo da ordem natural das coisas, ao tornar privado o que é público, ou mesmo a buscar favorecer alguém e prejudicar outrem, o que implica violação da isonomia. A independência funcional do magistrado é um importante mecanismo para que o Poder Judiciário seja autônomo e não ocorra interferência de outras esferas de Poder. Da mesma forma, essa autonomia, internamente, é um importante instrumento de contenção de possíveis desvios ou influências para tomar decisões.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) consagra a imparcialidade como um direito fundamental no artigo 10. O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) prevê, no artigo 14, que a competência do tribunal é estabelecida por lei. Nos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial, a imparcialidade é tratada como um princípio essencial não somente à decisão, mas também ao processo de tomada de decisão.

Há uma diferença entre imparcialidade e impartialidade, bem como há uma diferença entre imparcialidade e neutralidade. A impartialidade diz respeito à repartição de funções em um processo judicial e busca excluir do magistrado qualquer função que seja típica das partes⁸⁶. A neutralidade é um juiz despido de valores, preconceitos e ideologias. Essa total abstenção de valores não é possível aplicar ao magistrado, pois trata-se de um ser humano, dotado de valores e de pré-concepções de mundo como qualquer outro ser humano. Nesse sentido, o controle epistemológico sobre a atuação do juiz não é totalmente suficiente⁸⁷.

envolve: pessoas, organizações, grupos de pressão”. AFONSO, Orlando Viegas Martins. **Poder judicial: independência in dependência**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 65-66.

⁸⁵ MONTESQUIEU, Charles-Louis de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 121.

⁸⁶ Segundo Antônio do Passo Cabral, “Todavia, a par da eficiência, a grande justificativa para a repartição de funções no processo é a contenção de poder, evitando-se que um sujeito processual acumule atribuições que o posicionem como uma ‘superfigura’, detentora de potestades que o possam transformar num déspota, centralizador, censor das liberdades, algo típico dos mais autoritários ordenamentos processuais que se puderam historicamente observar”. CABRAL, Antônio do Passo. Imparcialidade e impartialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 32, n. 149, p. 339-364, jul. 2007. p. 349.

⁸⁷ Conforme prevê Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, “Se a neutralidade do julgador é apenas um mito, a garantia do juiz natural, se não é suficiente para assegurar um juiz imparcial, ao menos impedirá que o juiz seja alguém que tenha sido escolhido, depois da ocorrência do fato a ser julgado, e com o escopo de buscar um juiz

A jurisdição é exercida por meio do Estado⁸⁸. Para que o Estado preste jurisdição, o agente deve ser investido no cargo mediante concurso público ou nomeação. O recrutamento de magistrados passa por um processo seletivo no qual se investiga, entre outros atributos, a vida pregressa do candidato ao cargo, com a intenção de aferir possíveis desvios cometidos anteriormente, a fim de denotar um comportamento indesejado e justificar sua inadmissibilidade no respectivo órgão jurisdicional.

Além do filtro que antecede a investidura, há mecanismos de controle a partir do ingresso na magistratura. Como instrumento de *soft law*⁸⁹, há o Código de Ética da Magistratura Nacional (Resolução nº 60, de 19 de setembro de 2008, do Conselho Nacional de Justiça), que, em seu artigo 8º, prevê a imparcialidade, a qual é aferida mediante a busca da verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, o tratamento igualitário a ser concedido às partes, a evitar comportamento que retrate favoritismo, predisposição ou preconceito.

A Resolução nº 305, de 17 de dezembro de 2019, do Conselho Nacional de Justiça, estabelece os parâmetros de uso das redes sociais pelos membros do Poder Judiciário. O artigo 4º, I, da referida Resolução, prevê que é vedado ao magistrado manifestar opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, em rede social. Caso o magistrado emita uma manifestação de um processo submetido à sua análise e pendente de julgamento, a sua conduta pode vir a caracterizar uma quebra da imparcialidade.

A atuação do magistrado em um processo judicial deve ser pautada por situações que não impliquem parcialidade. Há mecanismos de controle endoprocessuais e o Código de Processo Civil traz hipóteses de impedimento e suspeição nos artigos 144 a 148. O Código de

parcial, isto é, mais alinhado ideologicamente, seja para beneficiar a quem se busca proteger, seja para prejudicar quem se busca punir. A garantia do juiz natural, como define Romboli, é a certeza de um juiz não seguramente parcial”. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 43.

⁸⁸ Atualmente, há discussão doutrinária se o árbitro detém jurisdição. De qualquer forma, a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996) prevê no §6º do artigo 13 que o árbitro deverá proceder com imparcialidade no desempenho de sua função. Além do árbitro, também há expressa previsão para a atuação imparcial dos mediadores e conciliadores (artigo 166 do Código de Processo Civil) e de outros auxiliares da Justiça.

⁸⁹ *Soft law* é uma fonte do Direito não dotada de obrigatoriedade, diferentemente da *hard law*, que se refere às normas jurídicas. São exemplos de instrumentos de *soft law* as resoluções do Conselho Nacional de Justiça e das Agências Reguladoras. Segundo Fredie Didier Jr. e Leandro Fernandez, “A expressão *soft law*, frequentemente utilizada no Direito Internacional, refere-se a documentos elaborados por instituições de reconhecida expertise em determinada área que explicam parâmetros de conduta, de interpretação ou de regramento acerca de determinado tema reputados adequados, proveitosos em determinado campo do Direito. Seu conteúdo é prescritivo, mas não cogente – no sentido de juridicamente exigível. Metonimicamente, a expressão é utilizada para designar os documentos cuja forma é ‘soft’, como memorandos de entendimento e recomendações, em vez de os efeitos decorrentes dos seus dispositivos”. DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **O Conselho Nacional de Justiça e o direito processual**: administração judiciária, boas práticas e competência normativa. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2024. p. 110.

Processo Penal dispõe sobre a exceção de suspeição nos artigos 96 a 107. O detalhamento das hipóteses de impedimento e de suspeição é feito na legislação processual civil. O impedimento tem uma conotação mais objetiva e a suspeição dispõe sobre aspectos mais subjetivos, tal como a hipótese de o juiz se declarar suspeito por motivo de foro íntimo, sem necessidade de declarar suas razões (artigo 145, §1º, do Código de Processo Civil).

A autodeclaração do magistrado por motivo de foro íntimo foi objeto de controle do Conselho Nacional de Justiça. A Resolução nº 82, de 09 de junho de 2009, a considerar o elevado número de declarações de suspeição por motivo de foro íntimo, passou a prever a necessidade de expedição de um ofício reservado à corregedoria local ou à corregedoria nacional, com a exposição das razões que levaram à suspeição por foro íntimo. A referida Resolução foi editada na vigência do Código de Processo Civil revogado e, posteriormente, no ano de 2018, foi revogada pela Resolução nº 250, de 31 de agosto de 2018, por considerar incompatível com a disposição do artigo 145, §1º, do Código de Processo Civil atual.

No ano de 2023, a causa de impedimento prevista no artigo 144, VIII, do Código de Processo Civil⁹⁰, foi objeto de uma ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal. Trata-se da Ação de Direta de Inconstitucionalidade nº 5953⁹¹, que, por maioria, foi julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade do referido artigo, sob o argumento de que a disposição legal fere o princípio da proporcionalidade, ao instituir uma presunção absoluta de impedimento, sem dar ao juiz meios de pesquisar a carteira de clientes do escritório de seu familiar.

Além desse controle da imparcialidade do magistrado em torno das causas de impedimento e suspeição, discute-se se a determinação de produção de provas de ofício pelo magistrado ocasiona uma quebra da sua imparcialidade⁹². No processo civil, há uma previsão expressa que o juiz pode, de ofício, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito (artigo 370 do Código de Processo Civil). No processo penal, há previsão no artigo 156 no Código de Processo Penal que trata da possibilidade, de ofício, da produção da prova antecipada

⁹⁰ O inciso VIII do artigo 144 do Código de Processo Civil tem a seguinte redação: “em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório”.

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5953/DF**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 22 ago. 2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur489596/false>. Acesso em: 5 set. 2024.

⁹² José Roberto dos Santos Bedaque, ao falar dos poderes instrutórios do juiz, explica: “Entre os argumentos utilizados pela doutrina dominante contra a iniciativa do juiz na colheita da prova, um dos mais invocados diz respeito à necessidade de se preservar a imparcialidade do julgador, que deve conduzir o processo sem favorecimento a qualquer das partes”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 114.

de caráter urgente e relevante e para dirimir dúvida sobre ponto relevante. Além disso, o artigo 3º-A do Código de Processo Penal prevê que é vedada a substituição da atuação probatória do órgão de acusação pelo magistrado.

Para os autores que sustentam que o juiz não deve produzir provas de ofício, entende-se que a investigação oficiosa pelo magistrado pode condicioná-lo psicologicamente a crer no direito que seja objeto da sua investigação. O tema dos possíveis vieses cognitivos será objeto de análise posterior, mas é importante deixar registrado que a discussão sobre os poderes instrutórios do juiz e uma possível quebra da imparcialidade passam a assumir contornos não mais estritamente jurídicos.

A limitação dos poderes instrutórios do juiz é mais discutida no âmbito do processo penal, em razão da existência de um sistema acusatório, consistente em se separar as figuras do acusador e do julgador. Busca-se uma atuação mais subsidiária e complementar do magistrado na gestão da prova, em razão da impossibilidade legal de o magistrado atuar de forma substitutiva à atividade probatória do Ministério Público, o qual é o titular da ação penal pública e detém o ônus de provar aquilo que alega⁹³.

No processo civil, conforme mencionado anteriormente, há expressa previsão de que o juiz pode determinar a produção de prova de ofício. De acordo como o princípio da aquisição ou da comunhão da prova, previsto no artigo 371 do Código de Processo Civil, o julgador aprecia a prova independentemente do sujeito que a tiver promovido. É possível aferir que quando se requer a produção de uma prova não se sabe qual será o seu resultado. O mesmo entendimento pode ser aplicado ao juiz, pois quando há uma produção de prova sem provocação, em princípio, não é possível se falar em favorecimento de qualquer uma das partes⁹⁴.

⁹³ De forma diversa, Ada Pellegrini Grinover afirma que “Ninguém melhor do que o juiz, a quem o julgamento está afeto, para decidir se as provas trazidas pelas partes são suficientes para a formação de seu convencimento. Isso não significa que a busca da verdade seja o fim do processo e que o juiz só deva decidir quando a tiver encontrado. Verdade e certeza são conceitos absolutos, dificilmente atingíveis, no processo ou fora dele. Mas é imprescindível que o juiz diligencie a fim de alcançar o maior grau de probabilidade possível. Quanto maior sua iniciativa instrutória, mais perto da certeza ele chegará”. GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa probatória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 7, n. 27, p. 71-79, 1999. p. 73-74.

⁹⁴ José Carlos Barbosa Moreira, ao tratar da atuação do juiz em um processo judicial, assim prevê: “O uso das faculdades instrutórias legais não é incompatível com a preservação da imparcialidade do juiz, Tal expressão, bem compreendida, não exclui do órgão judicial a vontade de decidir com justiça, e portanto a de dar ganho de causa à parte que tenha razão. A realização da prova pode ajudá-lo a descobrir qual delas a tem, e esse não é resultado que o direito haja de ver com maus olhos. De mais a mais, no momento em que determina uma diligência, não é dado ao juiz adivinhar-lhe o êxito, que tanto poderá sorrir a este litigante como àquele”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 47. No mesmo

Uma outra discussão em torno da necessidade de controle da imparcialidade de um possível juiz infiel é aferida a partir de um ativismo e solipsismo judicial. Essas expressões são comumente vistas como um mau comportamento do Poder Judiciário e de exorbitância dos limites impostos pelo ordenamento jurídico. Não se está a falar em uma possível criação judicial do Direito em um caso concreto, consistente no dever de interpretar uma lei de conteúdo geral e aplicá-la casuisticamente.

Na atividade interpretativa há uma certa criatividade, a qual deve ser discricionária. O juiz deve agir dentro de uma liberdade controlada e observar a alteridade do texto, sem que isso implique em uma neutralidade. A partir do momento que o exercício da função jurisdicional ocorre para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico, pode-se dizer que o órgão jurisdicional adotou um posicionamento não desejável e pode caracterizar violação à garantia da imparcialidade⁹⁵.

O solipsismo⁹⁶ também pode estar relacionado à falta de imparcialidade, pois, nesse caso, o juiz se vê como único participante do processo decisório. Trata-se de uma postura egoísta e desconectada da realidade social, a qual ignora as argumentações das partes e deixa de considerar todas as informações disponíveis para uma melhor tomada de decisão judicial. No caso do solipsismo, o controle pode ser feito a partir das exceções de impedimento e suspeição, mencionadas anteriormente, além da possível violação ao contraditório e da ampla defesa.

Quando se trata da imparcialidade e da postura de um juiz infiel, é possível abordar a implicação de responsabilização civil, penal e administrativa ou disciplinar. No âmbito da responsabilidade civil, o Código de Processo Civil prevê a responsabilidade regressiva por perdas e danos do magistrado quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude (artigo 143, II). No caso, a legislação é clara quanto ao se imputar ao juiz a

sentido é o posicionamento de José Roberto dos Santos Bedaque. Para mais detalhes, ver BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 114.

⁹⁵ Segundo Mauro Capelletti, “Discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador simplesmente livre de vínculos. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos limites à *liberdade judicial*, tanto *processuais* quanto *substanciais*”. CAPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999. p. 23-24.

⁹⁶ O conceito pode ser extraído do texto de autoria de Dierle Nunes e Lúcio Delfino: “O termo *solipsismo* é um desses importado do domínio filosófico e encerra, em sua acepção antiga, a ideia de *egoísmo*, tendo sido empregado por filósofos do calibre de Baimgarten, Kant, Schopenhauer e Wittgenstein. É ilustrativo, a respeito disso, o pensamento de Descartes, seu dualismo corpo-mente, que isola o *eu* em relação a tudo mais, ao mundo exterior e ao próprio corpo, um solipsismo consequência direta do *argumento do cogitatio* e que para ele revelaria a existência do pensamento puro evidenciado pelo próprio ato de pensar”. NUNES, Dierle José Coelho; DELFINO, Lúcio. Novo CPC, o – “Caballo de Troya” *iura novit curia* e o papel do juiz. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 22, n. 87, p. 205-210, jul./set. 2014. p. 205.

responsabilidade civil regressiva somente se agir com dolo, sem a responsabilização quando a sua conduta for culposa. Há disposição no mesmo sentido no artigo 49 na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar 35/1979).

Em relação à possibilidade de responsabilidade do Estado envolvendo atos jurisdicionais fundamentados em excesso ou impropriedade da linguagem utilizada, está tramitando no Supremo Tribunal Federal a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 774⁹⁷. No ano de 2022, houve o deferimento, em parte, de uma medida liminar para suspensão dos processos judiciais que visam condenar o Poder Público ao pagamento de indenizações e que tem como causa de pedir a impropriedade ou excesso de linguagem de membro da magistratura nacional.

Quanto à responsabilização administrativa ou disciplinar, o Conselho Nacional de Justiça é o órgão do Poder Judiciário encarregado do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, sem prejuízo da competência disciplinar dos respectivos órgãos correicionais dos próprios tribunais (artigo 103-B, §4º, III, da Constituição Federal). A imparcialidade de um juiz pode repercutir em uma sanção disciplinar a ser aplicada por esses órgãos. No que diz respeito ao aspecto criminal, há no Código Penal o título destinado aos crimes contra a Administração Pública, a incidir um possível crime de concussão, corrupção passiva ou prevaricação⁹⁸.

Ainda em relação à imparcialidade do magistrado, não se pode admitir o uso de conhecimento privado para proferir julgamentos. Quando se diz conhecimento privado, trata-se da utilização de fatos que integram o conhecimento do juiz e que não constam no processo. Embora não se enquadre no conceito de conhecimento privado, há a possibilidade de utilização das máximas de experiência e nos fatos notórios. As regras de experiência e os fatos notórios, por serem dotadas de um maior subjetivismo, serão tratadas posteriormente na tese.

Outra vertente do conhecimento privado do juiz reflete o contexto das convicções pessoais e que não são diretamente derivadas da legislação. Conforme tratado anteriormente, os preconceitos e as ideologias são inerentes ao ser humano. Contudo, o magistrado deve se abster de suas convicções pessoais quando for proferir um julgamento⁹⁹. A discussão em torno

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 774**. Relator: Min. Marco Aurélio, 22 mar. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6072680>. Acesso em: 5 set 2024.

⁹⁸ Mauro Capelleti faz menção a essas três modalidades de responsabilidade pessoal do magistrado: a penal, a civil e a disciplinar. CAPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989. p. 58-78.

⁹⁹ Friedrich Stein destaca a distinção entre fato notório e conhecimento privado: “*Pienso que el trabajo realizado hasta ahora en ese terreno ha cometido el error de partir del concepto de hecho notorio, en lugar de concluir en él análisis del objeto de la prueba y estimo que se ha introducido en ese concepto todo lo que no caía bajo*

do comportamento judicial e da possível existência de fatores que não estão no processo passam a ser objeto de análise do comportamento judicial, notadamente a partir do realismo jurídico¹⁰⁰. A questão será mais detalhada no capítulo 4.

Do ponto de vista epistemológico, a questão em torno da imparcialidade atualmente perpassa por situações em que se discute uma possível atuação inconsciente do magistrado na tomada de decisão judicial. A legislação brasileira, com a alteração promovida pela Lei nº 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, alterou o Código de Processo Penal e tratou de duas situações envolvendo a chamada imparcialidade objetiva, a gerar uma presunção de parcialidade.

Antes de se adentrar nos dispositivos legais que passaram a prever outras situações de imparcialidade, diversas das hipóteses até então existentes, a justificativa para a não atuação de determinado magistrado passa por uma análise interdisciplinar que justifica a possível existência de vieses¹⁰¹. Há espécies de vieses que serão objeto de estudo, tais como os vieses ilusórios e os vieses cognitivos. Cabe destacar, neste momento, ainda que de forma superficial, o viés cognitivo.

O viés cognitivo pode interferir na atividade jurisdicional. Quando se aborda a ideia de um juiz enviesado, do ponto de vista cognitivo, o que se busca é demonstrar que a atividade mental pode sofrer algum desvio e, então, influenciar de forma inconsciente. A teoria da dissonância cognitiva na decisão judicial é ocasionada por uma pré-concepção que gera um desconforto psicológico quando esse juízo prévio é confrontado com argumentos contrários. A

a la prohibición de utilizar el propio conocimiento”. STEIN, Friedrich. **El conocimiento privado del juez**. 2. ed. Bogotá: Temis, 1988. p. 6.

¹⁰⁰ Conforme Thomé Sabbag Neto, “Diante disso, fica claro que o realismo norte-americano: a) quanto à *nomogênese*, afirma que as normas jurídicas só passam a existir com as decisões judiciais que as estabelecem autoritativamente, não havendo sentido relevante em que o Direito possa ser entendido, senão precisamente o de que de fato é fruto das decisões judiciais; b) quanto à *interpretação* judicial, entende que, além de ser esta a única interpretação relevante para a determinação do Direito, ela se dá em função de critérios primacialmente extrajurídicos (sociológicos, psicológicos, culturais, morais, econômicos etc.), de modo que qualquer balizamento propriamente jurídico ocorre apenas de forma secundária – quando não merece retroativa, nominal e retórica”. SABBAG NETO, Tomé. **Juízes criam normas?** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024. E-book. Acesso em: 3 jun. 2024.

¹⁰¹ Ricardo Alves de Lima faz menção à Psicologia Social: “No âmbito individual, a pessoa direciona por agir de outra forma, mas a ambiência social em diversos momentos acaba transformando seu comportamento que conflita com sua atitude e esta age dentro de uma moral, de uma normatividade psicossocial que adveio do grupo, por isso não se pode afastar a relação do indivíduo e do seu grupo. Contudo, tal reação não conduz a sua abstração ou anulação individual, mas a caracterização de outros conflitos que podem ser descritos através de outros estudos e experimentos, tal como evidenciado pela Teoria da Dissonância Cognitiva”. LIMA, Ricardo Alves de. **Juiz das garantias: entre a dissonância cognitiva e a presunção de inocência**. Londrina: Thoth, 2024. p. 43.

situação proporciona alto nível de estresse e a tendência é de superestimação das hipóteses preconcebidas e de subavaliação das informações dissonantes¹⁰².

A dissonância cognitiva ocasiona um viés de confirmação, ou seja, há a utilização de uma heurística (um atalho mental) para confirmar aquilo que foi objeto de um pré-juízo¹⁰³. Com base nesse entendimento, passou-se a prever no Brasil o juiz das garantias, com a finalidade de separar o magistrado que atua na investigação preliminar do magistrado que atua na persecução penal em juízo, a partir do oferecimento da denúncia¹⁰⁴. O Código de Processo Penal prevê um critério de competência funcional para o juiz das garantias, o qual fica restrito ao controle de legalidade da investigação preliminar e salvaguarda dos direitos fundamentais que podem ser relativizados mediante reserva de jurisdição (artigo 3º-B do Código de Processo Penal).

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6298, 6299, 6300 e 6305, reconheceu, por maioria, a constitucionalidade do artigo 3º-B do Código de Processo Penal, que trata do juiz das garantias, e fixou o prazo de doze meses, a contar da publicação da ata de julgamento, para que sejam adotadas as medidas necessárias para a adequação das leis de organização judiciária dos tribunais à implantação e ao funcionamento do juiz das garantias. O prazo poderá ser prorrogado uma única vez por, no máximo, doze meses¹⁰⁵.

¹⁰² A teoria da dissonância cognitiva é atribuída a Leon Festinger. O autor menciona o exemplo do fumante que sabe que o cigarro é nocivo à saúde. Para continuar a fumar, a pessoa pode achar que o prazer proporcionado compensa o risco; as probabilidades de colocar a vida em risco não são tão sérias quanto afirmam; não é possível evitar as contingências perigosas da vida e de estar vivo; e se deixar de fumar pode engordar e isso será nocivo à sua saúde. Em razão da incoerência, surge o desconforto psicológico e a pessoa tende a evitar situações que aumentam a dissonância e confirmar aquilo que lhe pareça mais coerente e em consonância com o seu conhecimento. FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1975. p. 12.

¹⁰³ Conforme o entendimento de Dierle Nunes, Natanael Lud e Flávio Quinaud Pedron, “Especificamente na atividade judicial, podemos identificar a influência do viés de confirmação quando o magistrado, diante da necessidade de decidir acerca de um caso, filia a fundamentos que confirmam suas próprias crenças, preferências, opiniões, ou mesmo à decisão liminar proferida, em análise perfunctória, ainda que esses elementos sejam subjetivos ou inconsistentes, desprezando argumentos às vezes contundentes que poderiam infirmar a decisão tomada pelo julgador. NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e *debiasing***. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 83.

¹⁰⁴ O Supremo Tribunal Federal, na decisão das Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade 6298, 6299, 6300 e 6305, por maioria, declarou inconstitucional a expressão contida na segunda parte do artigo 3º-C do Código de Processo Penal ‘recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 do Código’ e atribuiu interpretação conforme para que a competência do juiz das garantias cesse com o oferecimento da denúncia”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6298**. Relator: Min. Luiz Fux, 24 ago. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>. Acesso em: 5 set. 2024.

¹⁰⁵ No referido julgamento, de mais de 1200 (um mil e duzentas) páginas, há menção aos vieses cognitivos em várias passagens. Em uma delas, vale destacar o seguinte trecho: “O impacto dos vieses cognitivos na tomada de decisão judicial tem sido demanda de diversos estudos na academia estrangeira e na brasileira, e não poderia deixar de ser diferente, pois rumamos para a superação do paradigma no qual aplicadores de textos normativos acreditavam (e em alguma medida ainda acreditam) que o fazem de forma neutra, abstrata e geral, sem que horizontes históricos atravessem o processo hermenêutico, sem conceber que o próprio intérprete seja parte do

O Supremo Tribunal Federal, no mesmo julgamento, por unanimidade, reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 3º-D, do Código de Processo Penal, que prevê um impedimento automático do juiz que atua na investigação preliminar, em relação à persecução penal em juízo. Dentre outros argumentos, houve o entendimento de que o dispositivo se mostra desproporcional, pois não se pode falar em uma presunção absoluta de imparcialidade.

Outro dispositivo do Código de Processo Penal foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal e houve o reconhecimento da sua inconstitucionalidade. O §5º do artigo 157 trata de uma situação envolvendo a prova ilícita e o contato do magistrado com essa prova. Segundo a disposição legal, o juiz que tiver acesso ao conteúdo da prova ilícita não poderá proferir sentença ou acórdão. O impedimento decorre de uma possível contaminação do julgador, a qual também ultrapassa as situações de imparcialidade até então previstas no ordenamento jurídico e tenderia a confirmar algum elemento de prova que foi identificado na prova posteriormente reconhecida como ilícita.

Antes mesmo do advento da Lei nº 13.964/2019, discutia-se a possível incidência de um modelo normativo desinviesante contra quebras inconscientes de imparcialidade de julgadores. Dentre as prescrições, há consonância acerca da ideia de separação do órgão jurisdicional que realiza a instrução do órgão jurisdicional que julga, além do impedimento do juiz julgar um processo em que teve contato com a prova ilícita. As ideias são extraídas de uma disciplina denominada *Behavioral Law & Economics*. Do ponto de vista pragmático, há, dentre outras, a necessidade de reforço da explicação ao magistrado do funcionamento das propensões cognitivas e valorização das regras de fundamentação das decisões judiciais¹⁰⁶.

Chega-se a apontar um dever geral de imparcialidade e uma tutela da aparência de imparcialidade, o qual abrange, no mínimo, os deveres de assegurar um tratamento igualitário às partes, preservar a aparência de imparcialidade dentro e fora do processo, declarar o

mundo interpretado. Não há abertura para negar a atividade pré-compreensiva do julgador”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6298**. Relator: Min. Luiz Fux, 24 ago. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>. Acesso em: 5 set. 2024.

¹⁰⁶ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 199-202. Ao final, o autor conclui: “Difícilmente haverá um grau zero de parcialidade ou imparcialidade total, que propicie uma atmosfera ‘pura’ de objetividade. Uma neutralidade asséptica de vieses é praticamente impossível. Todavia, embora sempre reste algum *quid* de enviesamento, vale a pena lutar contra ele. Ao fim, essa batalha se confunde com a própria luta da Civilização contra seus ativismos, irracionalidades, quase-racionalidades e animalidades ancestrais, que, ao longo da história, insistem em assaltar a humanidade. Daí a importância de caminhar em direção a esse ideal e desenvolver cada vez mais linhas de pesquisa em tecnologia comportamental, para que elas possam propiciar um *Risorgimento* da Razão, essa ‘heresia’, apedrejada nos últimos dois séculos”. COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 204.

impedimento ou suspeição nas hipóteses previstas em lei e nas situações não enquadradas em lei, mas que ensejam alguma dúvida sobre a sua imparcialidade¹⁰⁷ e adotar providências diante da tentativa de ameaça à sua imparcialidade.

A dimensão objetiva da imparcialidade, relacionada a uma aparência de imparcialidade, impõe que não existam dúvidas sobre a capacidade do julgador de decidir o caso de uma forma desinteressada. O dever de imparcialidade integra o conteúdo geral de imparcialidade. Essa objetividade é discutida em razão da dificuldade probatória de se demonstrar alguma hipótese de suspeição, a qual necessita adentar o aspecto anímico do julgador¹⁰⁸.

No julgamento do Recurso Especial nº 1.720.390/RS, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, apreciou uma exceção de suspeição em que o magistrado, ora excepto, atuou como estagiário do Ministério Público na propositura de uma ação coletiva. O recurso foi inadmitido, por entender que não ficou demonstrado o interesse do excepto no julgamento da causa em favor da União. Contudo, de forma *obiter dictum*, constou no voto do Relator o propósito de estimular reflexão em recurso futuro que preencha os pressupostos de admissibilidade, para uma nova interpretação dos artigos 144 e 145 do Código de Processo Civil¹⁰⁹.

Outro julgamento que trata da questão da imparcialidade objetiva foi o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (*Habeas Corpus* nº 164.493/PR) que apreciou a arguição de suspeição do ex-juiz Sérgio Moro em relação aos processos que envolviam Luís Inácio Lula da

¹⁰⁷ Fredie Didier Jr. e Leandro Fernandez apresentam o seguinte exemplo: “Ilustrativamente, o juiz que concede entrevista ou se manifesta na rede social a respeito de determinado processo, antecipando posicionamentos e expressando percepções pessoais negativas acerca de uma das partes, não está inserido em qualquer das vedações previstas nos arts. 144 e 145 do CPC, não obstante cometa infração funcional (Loman, art. 36, III, e Resolução n. 305/2019, art. 4ª, inciso I). É evidente, porém, que, nesse cenário, um observador razoável concluiria pela parcialidade do juiz”. DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **O Conselho Nacional de Justiça e o direito processual**: administração judiciária, boas práticas e competência normativa. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2024. p. 252.

¹⁰⁸ Segundo Fernanda Carvalho Góes Matos, “A parte, além de comprovar a ocorrência da circunstância de suspeição prevista no rol, teria de demonstrar que isso afeta ou pode afetar o psiquismo do juiz, a ponto de criar um viés cognitivo ou uma inclinação que prejudique o exame imparcial da causa. Vieses cognitivos são inúmeros e surgem das mais diversas circunstâncias – fogem do controle de quem os possui, quanto mais de terceiros. Cuida-se, portanto, de um ônus cuja imposição terminaria por esvaziar o direito a um juiz imparcial”. MATOS, Fernanda Carvalho Góes. **A tutela da aparência de imparcialidade no direito brasileiro**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2024. p. 227.

¹⁰⁹ Vale destacar um trecho do julgado que faz menção à imparcialidade objetiva: “Por esse enfoque, o *standard* aplicável deixaria de ser uma *autoavaliação subjetiva* do juiz e assumiria conformação de *aparência exterior objetiva*, isto é, aquela que toma por base a ‘confiança do público’ ou de um ‘observador sensato’”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.720.390**. Relator: Min. Herman Benjamin, 7 jun. 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=81312056&num_registro=201800171452&data=20190312&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 26 set. 2024.

Silva. No voto de divergência, proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, foram apontados sete fatos e nenhum deles integra o rol de hipóteses de suspeição previsto no Código de Processo Penal. As condutas adotadas foram analisadas de forma objetiva, sem buscar algum acontecimento sobre o estado anímico¹¹⁰.

Contudo, o filtro de admissibilidade probatória acerca dos elementos de informação colhidos a título cautelar, irrepetível ou de forma antecipada e as informações adquiridas a partir dos meios de obtenção de prova não detêm um regramento específico que possibilite o controle pontual do juiz. Embora se busque estabelecer a imparcialidade de forma mais objetiva, a admissibilidade da prova dos elementos permanece uma questão de *lege ferenda*¹¹¹.

Portanto, buscou-se, neste primeiro capítulo, apontar, de forma exemplificativa, os mecanismos de controle do juiz, por meio das regras jurídicas, na análise e interpretação dos fatos. Identificou-se, inicialmente, a partir de um modelo de juiz fiel, a dificuldade em se estabelecer parâmetros de controle da objetividade interpretativa e a busca da verdade. Quanto ao juiz infiel, ainda que a sua atuação não esteja pautada pelo dolo de assim agir, o ordenamento jurídico reconhece que podem existir desvios e propicia o controle para constatar a parcialidade.

O sistema é estruturado para garantir a existência de um juiz natural, que não favoreça uma das partes em detrimento da outra. Atualmente, o debate sobre a imparcialidade ultrapassa o contexto estritamente jurídico, passando a incluir a possível existência de uma parcialidade inconsciente por parte do magistrado. Quando se busca mais mecanismos de controle, é necessário correlacionar os fatos e o Direito, para que se possa adentrar na discussão em torno da cognição do juiz e da motivação das decisões judiciais. Fixada a premissa da indissociabilidade entre o fato e o Direito, surge outra possibilidade de controle do juiz a partir da fundamentação jurídica e o contexto da descoberta, cujas hipóteses são trazidas pelas partes em um processo judicial.

¹¹⁰ Consta no voto do Ministro Gilmar Mendes, redator para o acórdão, o seguinte trecho: “Partindo-se da *Teoria da Aparência Geral de Imparcialidade*, a avaliação aqui desenvolvida, portanto, deve ter como parâmetro o prisma da imparcialidade objetiva. Assim, não se cuida de discutir aqui se o juiz, na sua dimensão subjetiva, nutra afeição o desprezo pelo acusado”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 164.493/PR**. Relator: Min. Luiz Edson Fachin, 23 mar. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5581966>. Acesso em: 12 out. 2024.

¹¹¹ VIEIRA, Renato Stanzola. **Controle da prova penal: obtenção e admissibilidade**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 224-225.

2 OS FATOS E O DIREITO

No capítulo anterior, foi analisada a interpretação dos fatos em um Estado Democrático de Direito. A epistemologia jurídica é uma teoria do conhecimento que busca uma melhor determinação da premissa menor (premissa fática) no contexto do raciocínio judicial. Há uma preocupação com o conhecimento dos fatos para que a norma seja corretamente aplicada e os erros judiciais sejam reduzidos. Esse capítulo traz uma abordagem acerca dos fatos, na sua inter-relação com o Direito, para que se possa destacar sua importância em um raciocínio judicial.

2.1 O Direito enquanto fato

Não é possível a dissociação entre o fato e o Direito¹¹². Este, ao regulamentar as normas jurídicas, tem como parâmetro os fatos em um determinado contexto social. A teoria tridimensional do Direito, conforme exposta anteriormente, estabelece que o Direito é composto por fato, valor e norma. É com base nesses fatos que o juiz exerce a sua cognição, ou seja, forma o seu convencimento sobre o conflito que lhe é posto à apreciação. Além dos fatos, o juiz também forma o seu convencimento com base nas normas jurídicas, ou seja, há, em torno dos fatos, argumentações jurídicas que são confrontadas e pode o magistrado adotar uma delas, ou até mesmo seguir uma argumentação jurídica diversa, sempre respeitado o contraditório.

Em razão da existência de um ordenamento jurídico cada vez mais principiológico, composto por cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados, a análise do Direito deve observar cada vez mais uma realidade concreta e atual. O Direito enquanto fato diz respeito a como as normas são realmente interpretadas e aplicadas na sociedade e busca propiciar um melhor funcionamento do sistema jurídico e sua interação com outros aspectos da vida social.

A ideia de um Direito puro, embora se reconheça a importância do positivismo jurídico, inclusive com a utilização de seus conceitos no capítulo anterior, não implica uma total

¹¹² Luiz Guilherme Marinoni dispõe que, “Ou seja, os fatos não podem se separar do direito não apenas porque são importantes para a formulação do sentido da lei ou para a elaboração da interpretação de acordo com a realidade, mas também porque são determinantes da sua validade ou constitucionalidade e, ainda, porque abrem oportunidade para a instituição de interpretação que considera unicamente os direitos fundamentais”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Fatos constitucionais?** A (des)coberta de uma outra realidade do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024. p. 28.

autonomia em relação às demais áreas do conhecimento¹¹³. O Direito pode ser visto como um caleidoscópio, na perspectiva de uma imagem em constante mudança e em evolução para o seu desenvolvimento, a ser influenciado por fatores sociais, políticos, econômicos e culturais. Nessa perspectiva, o Direito é que qualifica o fato para a sua aplicação¹¹⁴.

A ideia de um modelo judicial dos fatos traz a percepção de que um enunciado de fato não se trata da simples descrição de um acontecimento. Há uma operação judicial para que os fatos juridicamente relevantes que deram origem ao conflito sejam efetivamente determinados. Essa operação judicial sobre os fatos será mais bem detalhada quando se tratar da cognição judicial, a ser objeto de análise no item seguinte desse capítulo.

A interpretação de uma questão de fato gera a necessidade da discussão em torno da cognição exercida pelo juiz. A partir do momento em que há uma qualificação do fato, essa operação tem natureza normativa¹¹⁵. Entretanto, não é viável que em todos os casos o suporte fático seja exaustivo e definido com precisão. A conformação da situação de fato pode passar por juízos baseados na percepção; juízos baseados na interpretação do comportamento humano (por exemplo, na interpretação das declarações de vontade); outros juízos fornecidos pela experiência social (por exemplo, o juízo de que um bem está deteriorado) e juízos de valor¹¹⁶.

A legislação civil, quando regulamenta as declarações de vontade nas relações jurídicas privadas, prevê, por exemplo, que se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que o sentido literal da linguagem (artigo 112 do Código Civil). Também prevê no artigo seguinte que a interpretação dos negócios jurídicos deve observar os usos do lugar de sua

¹¹³ Segundo A. Castanheira Neves, “Por outro lado, ao falar autonomia (autonomia do direito) pretendo naturalmente referir-me a uma autossubsistência de sentido e não menos à sua autoafirmada especificidade já intencional nos fundamentos, já teleológica nos critérios, já de material determinação nos conteúdos – sem excluir decerto a possível, a necessária integração do global universo prático-humano: se o direito foi aí autónomo, no seu sentido e na sua manifestação, nem por isso deixará de ser obviamente elemento desse universo”. NEVES, A. Castanheira. **O direito hoje em que sentido?: o problema atual da autonomia do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2012. p. 21.

¹¹⁴ Conforme prevê António Manuel Hespanha, “Do ponto de vista lógico, parece que essa fase devia ser antecedida de uma pesquisa (*Ermittlung*) e accertamento ou determinação (*Festsellung*) dos dados de facto que deverão ser apreciados juridicamente. A situação é, todavia, um tanto mais complexa, já que, como disse e voltaremos a reiterar, o direito não lida com ‘factos brutos’ ou, dizendo de outro modo, é o direito que esculpe e determina os factos relevantes para a sua aplicação”. HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. Coimbra: Almedina, 2014. p. 631.

¹¹⁵ GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no direito: bases argumentativas da prova**. Salvador: Juspodivm, 2022. p. 115.

¹¹⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 399-413. Nessas situações, o autor fala na existência de uma margem de livre apreciação por parte do juiz: “Quando a lei prescindiu da fixação, quando esta seja possível, de uma dimensão quantitativa para a delimitação – assim, por exemplo, quando se fala de uma ‘desproporção manifesta’ entre prestação e contraprestação ou de uma diminuição de valor ‘não despicienda’ –, há lugar, em vez de uma delimitação rígida, a um espaço intermédio, adentro do qual a resolução pode ser deste ou daquele modo”. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 413-414.

celebração (artigo 113). No aspecto penal, quando se fala nas declarações de vontade, o comportamento humano assume uma especial relevância na análise de um crime, pois esse decorre de um fato típico, antijurídico e culpável.

A conduta humana direcionada para a prática de um crime deve se desenvolver sob o domínio da vontade, seja a conduta dolosa ou culposa. Essa ação tem por análise um fato, o qual, caso incida na norma incriminadora, passa a ser um fato típico. Ao se falar no fato típico, o Direito Penal apresenta teorias sobre a ação (causal, finalista, social, dentre outras), para análise do comportamento humano, bem como há teorias sobre o nexo de causalidade. Essa situação demonstra um vínculo direto entre os fatos e o direito para a configuração de um ato ilícito¹¹⁷.

Outro instituto que aponta mais uma estreita relação entre fato e Direito é que a ação, decorrente de um movimento corporal, pode desencadear uma cadeia de mudanças, intencionais ou não, o que implica necessidade de sua interpretação. A partir desse momento, na análise dos fatos, deve ser mencionado o nexo de causalidade. Embora o tema do nexo de causalidade seja mais detalhado no Direito Penal, há pouca regulamentação legislativa no ordenamento jurídico brasileiro sobre a causalidade entre a ação e o resultado.

No Direito Penal, há uma previsão no artigo 13 do Código Penal. Adotou-se a chamada teoria da equivalência dos antecedentes ou da *conditio sine qua non*. Tudo que contribui para a ocorrência de um resultado é a sua causa. Contudo, para se evitar o regresso ao infinito, há algumas limitações, tais como a teoria da imputação objetiva e a teoria da causalidade adequada. No Direito Civil, o nexo de causalidade é regulamentado no artigo 403 e há uma relação de causa e efeito direto e imediato entre dano e conduta, o que implica incidência da chamada teoria do dano direto e imediato¹¹⁸.

¹¹⁷ Daniel González Lagier aponta a dificuldade de se chegar a um conceito de ação, tanto do ponto de vista filosófico, quanto da dogmática jurídico-criminal. Segundo o autor, “Por exemplo, a teoria causal da ação, apoiada por alguns penalistas, bem como a teoria da individualização das ações, defendida por filósofos como Elizabeth Anscombe ou Donald Davidson, parecem assumir uma perspectiva naturalista, a partir da qual o elemento que aparece com maior peso é a sequência de movimentos corporais ou seus efeitos causais. De outro lado, para a teoria final da ação de Welzel e seus seguidores, ou para a teoria do filósofo finlandês Von Wright, que adotam uma perspectiva subjetivista, o elemento central do conceito de ação é o de intenção”. LAGIER, Daniel González. **Quaestio facti**: ensaios sobre a prova, causalidade e ação. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 216.

¹¹⁸ No ano de 2020, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar, sob a sistemática da repercussão geral, o Recurso Extraordinário 608.880/MT (Tema 362), entendeu que não há responsabilidade civil do Estado no caso de fuga de preso e prática de danos pelo foragido do sistema prisional, quando foram interpostos novos fatos. Houve a fixação da seguinte tese: “Nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, não se caracteriza a responsabilidade civil objetiva do Estado por danos decorrentes de crime praticado por pessoa foragida do sistema prisional, quando não demonstrado o nexo causal direto entre o momento da fuga e a conduta praticada”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 608.880/MT**. Relator: Min. Marco Aurélio, 8 set. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/ver>

A discussão em torno do nexo de causalidade passa por uma sequência de fatos que justificam, ou não, o reconhecimento de uma responsabilidade. Existem algumas situações que podem romper o nexo de causalidade, como o caso fortuito, a força maior, ou quando o fato é causado exclusivamente pela vítima ou por um terceiro. Essas situações ocasionam fatos que afastam o dano direto e imediato, seja por decorrerem de alguma situação que foge da esfera de ingerência do agente, ou porque o dano foi ocasionado diretamente por um terceiro ou pela própria vítima.

A causalidade pode gerar uma dificuldade na produção da prova sobre determinado juízo de fato. Em razão dessa correlação entre o fato e o Direito, alguns autores e a jurisprudência passaram a tratar da ideia de um juízo de probabilidade sobre os fatos e de uma verossimilhança preponderante¹¹⁹. Por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.320.925/RS, aplicou essa teoria em razão da dificuldade de se demonstrar a existência de um fato de serviço a envolver um veículo e o acidente ocasionado na vítima. A questão em torno da prova será tratada mais adiante. O objetivo neste momento é apenas demonstrar a relação entre o fato e o Direito e a sua indissociabilidade.

Outro instituto jurídico que tem direta relação com os fatos é a posse. O artigo 1196 do Código Civil estabelece que é considerado possuidor aquele que tem de fato o exercício de alguns dos poderes inerentes à propriedade. Adotou-se a teoria objetiva da posse, a qual parte da premissa de que o possuidor exerce um poder de fato sobre a coisa, ainda que não tenha contato corporal com ela. Ocorre uma ampliação do rol de possuidores e não há necessidade de investigar o elemento anímico.

AndamentoProcesso.asp?incidente=3838114&numeroProcesso=608880&classeProcesso=RE&numeroTema=362. Acesso em: 4 jun. 2024. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça aplicou a teoria da causalidade adequada em alguns julgados. No julgamento do REsp 878.265/PB, houve a responsabilidade civil de uma sociedade promotora de eventos decorrente do falecimento de uma pessoa no interior de bloco carnavalesco, vítima de disparo de arma de fogo. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 878.265/PB (2006/0084130-5)**. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 2 out. 2008. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4233485&n_um_registro=200600841305&data=20081210&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 4 jun. 2024. Portanto, há uma certa divergência quanto à aplicação das teorias sobre o nexo de causalidade, inclusive já se falar em uma teoria do nexo de causalidade baseada em uma causalidade psíquica.

¹¹⁹ Segundo Arthur Thompsen Carpes, “Especificamente no que se refere ao nexo de causalidade, significa submeter a alegação de *standard* da probabilidade preponderante, o que implica reconhecer ser mais provável ter existido o nexo causal do que o contrário. Trata-se de critério que, como visto, tem por escopo agregar objetividade ao raciocínio do juiz e, por conseguinte, oportunizar o seu respectivo controle, inibindo eventuais arbitrariedades que possam suceder na tomada de decisão. A adoção do *standard* e sua justificativa para a aplicação no caso concreto são elementos que não podem faltar à motivação do juízo de fato”. CARPES, Artur Thompsen. **A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 167.

Na seara do Direito Penal, existe a garantia de que ninguém pode ser punido duplamente pelo mesmo fato (*non bis in idem*). Há necessidade de comparação de uma identidade de sujeito, de uma identidade objetiva ou fática e de uma identidade de fundamento, também conhecida por um tríplice identidade entre as partes, causa de pedir e pedido. Essa circunstância traz um aspecto processual em torno da litispendência e da coisa julgada e é mais um instituto que denota uma estreita relação entre os fatos e o Direito¹²⁰.

Outro ponto que deve ser destacado na interseção entre os fatos e o Direito diz respeito aos seus próprios conceitos. Pode ocorrer uma indeterminação semântica, que pode decorrer, por exemplo, de uma vagueza ou ambiguidade. Também é possível uma indeterminação pragmática, cujas espécies podem ser extraídas de uma indeterminação pressuposicional ou implicacional. Em relação a essa última indeterminação, como o próprio nome diz, o seu significado implica outro significado. Se uma pessoa é convidada para fazer um lanche e responde que já tomou café da manhã, há um primeiro significado (tomou café da manhã naquele dia) e um segundo significado (que está sem fome e não quer comer)¹²¹.

Essas situações de indeterminação são inerentes a um sistema jurídico. Além dos princípios, podem surgir conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais e lacunas decorrentes de uma indeterminação semântica ou pragmática. Em relação a elas, existe um certo grau de indeterminação na aplicação do Direito. A expressão “lacuna” tem uso bastante diverso. Ao se falar na subsunção ou qualificação jurídica de uma norma a um caso individual, a falta de informação sobre os fatos pode ensejar lacunas de conhecimento. É possível, ainda, a existência de uma indeterminação semântica, o que pode gerar uma lacuna de reconhecimento. A lacuna mais conhecida no estudo do Direito é a lacuna normativa, caracterizada pela ausência de solução normativa para algum caso genérico¹²².

No processo judicial, há uma reconstrução dos fatos. Costuma-se dizer que os fatos no processo assumem um caráter histórico. É possível extrair, nesse contexto, mais uma vinculação do Direito enquanto fato. A História deve ser correlacionada com o Direito na pós-modernidade

¹²⁰ Marien Aguilera Morales, ao tratar da identidade fática no âmbito penal, dispõe que, “*Abstractamente, por tanto, la prohibición parece abarcar la totalidad de los hechos penalmente relevantes: los hechos que conforman el elemento del injusto, la autoría o participación delictiva, el grado de ejecución del delito, las causas de exención y extinción de la responsabilidad penal, etcétera*”. MORALES, Marien Aguilera. **Unos mismos hechos**: un ensayo sobre las contradicciones fácticas en los procesos. Madrid: Marcial Pons, 2021. p. 81.

¹²¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria da indeterminação do direito**: entre a indeterminação aparente e a determinação latente. São Paulo: Malheiros, 2022. p. 64.

¹²² MORESO, José Juan. **La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998. p. 89-90.

e os seus fatos. A ideia baseada em um normativismo abstrato é revisitada com a perspectiva de um Direito dúctil e flexível, justificada em razão de um pós-positivismo que propicia um sistema mais aberto¹²³.

Há uma “força normativa dos fatos”¹²⁴ a justificar, por exemplo, uma decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a realidade concreta da criação de um município de Luís Eduardo Magalhães no Estado da Bahia, mesmo sem a observância da previsão contida no artigo 18, §4º, da Constituição Federal. No caso, houve prévia consulta, mediante plebiscito, contudo ainda não existia a lei complementar federal mencionada no texto constitucional para a criação. A decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2240 fez menção à criação efetiva do Município e a sua existência fática como ente federado autônomo¹²⁵.

O que se busca é demonstrar que os fatos no contexto da pós-modernidade são cada vez mais discutidos para uma melhor equação da questão jurídica a ser dada ao caso concreto. A partir das concepções de Herbert Hart, existe uma distinção entre as regras primárias e as regras secundárias. O Direito não deve se ater a comandos coercitivos impostos pelo Estado (regras primárias). As regras secundárias também devem ser observadas e envolvem a observância dos fatos sociais na determinação do Direito¹²⁶.

A partir do pós-positivismo propõe-se uma interpretação jurídica que enfatiza a importância dos princípios. Esses princípios não retratam somente normas expressas, mas também princípios implícitos e valores morais. Da mesma forma, os fatos devem ser interpretados e contextualizados de acordo com os princípios que fundamentam o sistema jurídico. Há uma integridade no Direito e a interpretação deve ocorrer de acordo com os princípios. Se houver uma interpretação adotada por um tribunal que seja divergente com a interpretação mais consentânea àqueles princípios há um “agulhão semântico”¹²⁷.

¹²³ António Manuel Hespanha destaca sobre o Direito da pós-modernidade: “Hoje em dia, porém, a ideia de um direito flexível tem uma genealogia intelectual. Ela decorre do tópico, claramente pós-moderno (como já foi referido), do horror ao “macro” e ao “geral” e da busca da pequena dimensão, do particular e do flexível”. HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia**. Coimbra: Almedina, 2018. p. 571.

¹²⁴ Conforme prevê Georg Jellinek, “*Pero la consideración de la fuerza normativa de los hechos no sólo nos permite comprende exactamente los orígenes del derecho, sino también la existencia del orden jurídico; porque lo real tiene en general una tendencia psicológica a transformarse en obligatorio. Por esto ocurre en ele campo del sistema del derecho que el hecho social dado, sea el que exista como derecho, y todo aquel que pretenda introducir una modificación en este estado de derecho, tiene que probar su mejor derecho*”. JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Ciudad de México: FCE, 2000. p. 325.

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2240-7/BA**. Relator: Min. Eros Grau, 9 maio 2007. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi2240.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2024.

¹²⁶ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2018. p. 103-128.

¹²⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 55-56.

No Brasil, com o recorte a partir da Constituição Federal de 1988, foram instituídas leis com aportes principiológicos. É possível identificar no Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, a previsão em torno dos princípios da vulnerabilidade e da boa-fé (artigo 4º, I e III). No Código Civil de 2002, há expressa menção ao objetivo da concretude na Exposição de Motivos¹²⁸. O Código de Processo Civil, ao tratar das normas fundamentais do processo civil (artigos 1º a 12), prevê alguns princípios, dentre eles o princípio da inércia e inafastabilidade da jurisdição, o princípio da boa-fé objetiva e o princípio do contraditório.

Essa perspectiva do Direito¹²⁹ em transformação e do seu futuro, correlaciona-se com a evolução social e a necessidade de seu acompanhamento, tudo a depender dos fatos que são vivenciados em um determinado contexto. As normas jurídicas passam a conter, além dos princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Em razão da imprecisão terminológica, a doutrina estabeleceu que as cláusulas gerais denotam normas com antecedentes e consequente indeterminados; os conceitos jurídicos indeterminados são as normas com antecedente indeterminado, mas com consequente determinado¹³⁰.

Embora haja certa divergência quanto ao significado das palavras “cláusulas gerais” e “conceitos jurídicos indeterminados”, é possível aferir que a sua instituição tem por finalidade tornar o sistema jurídico mais aberto e propiciar ao intérprete a sua concretização de acordo com os fatos e valores que dizem respeito àquela situação¹³¹. Um outro ponto que merece ser destacado é que uma decisão judicial que estabelecer novo dever ou novo condicionamento de

¹²⁸ A Exposição de Motivos do Código Civil, ao abordar a estrutura do anteprojeto, tratou da concretude da seguinte forma: “Esse objetivo impõe soluções que deixam margem ao juiz e à doutrina, com frequente apelo a conceitos integradores da compreensão ética, tal como os de boa-fé, equidade, probidade, finalidade social do direito, equivalência das prestações etc., o que talvez não seja do agrado dos partidários de uma concepção mecânica ou naturalística do Direito, mas este é incompatível com leis rígidas de tipo físico-matemático. A ‘exigência de concreção’ surge exatamente da contingência insuperável de permanente adequação dos modelos jurídicos aos fatos sociais ‘in fieri’”. SENADO FEDERAL. **Novo Código Civil**: exposição de motivos e texto sancionado. 2. ed. Brasília, DF: Senado Federal, 2005. p. 33. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70319/743415.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em: 4 jun. 2024.

¹²⁹ Para Rudolph Von Ihering, “O direito não é uma pura teoria, mas uma força viva”. IHERING, Rudolph Von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 23.

¹³⁰ Conforme prevê Judith Martins-Costa, “A efetiva distinção não está, portanto, na linguagem, *mas na estrutura normativa*. Os chamados conceitos indeterminados podem estar presentes em estruturas normativas completas, em que há hipótese legal (ainda que formulada de modo semanticamente vago) e consequência predeterminada. Diferentemente, nas cláusulas gerais, em sentido próprio, a *estrutura deverá ser completada pelo intérprete*, pela adição da consequência devida”. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 153. Para Humberto Ávila, as palavras são sinônimas. ÁVILA, Humberto. **Teoria da indeterminação no direito**. São Paulo: Malheiros, 2022. p. 77.

¹³¹ Ángeles Ródenas, ao abordar os conceitos jurídicos indeterminados, afirma: “*Lo característico de la utilización de este tipo de conceptos es que implican una renuncia del legislador a introducir propiedades descriptivas en la norma y, en su lugar, suponen una remisión a los acuerdos valorativos vigentes en un determinado colectivo social*”. RÓDENAS, Ángeles. **Los intersticios del derecho**: indeterminación, validez y positivismo jurídico. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 31.

direito sobre norma de conteúdo indeterminado, quando indispensável, deverá prever regime de transição (artigo 23 da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro – LINDB)¹³².

No direito processual, a maior relevância em torno dos fatos vem delineada, conforme exposto, pela expressa previsão de princípios, notadamente nas normas fundamentais, a tornar mais aberta a atuação do intérprete. Além disso, no direito processual civil, a expansão dos processos coletivos e dos processos estruturais tem demonstrado que a análise dos fatos, mais uma vez, recebe um tratamento destacado na melhor aplicação do Direito. Um instituto processual que também tem uma relação direta com os fatos é a coisa julgada.

Segundo o Código de Processo Civil, a coisa julgada recai sobre decisão de mérito não mais sujeita a recurso e a torna imutável e indiscutível (artigo 502). Há necessidade de uma tríplice identidade, composta pelas mesmas partes, mesmo pedido e mesma causa de pedir. No capítulo anterior, ao abordar a questão da verdade, foi mencionado que a coisa julgada é um limite à busca da verdade¹³³, em razão da sua relação com a segurança jurídica. Contudo, o próprio Código de Processo Civil prevê no artigo 505, I, a possibilidade de decidir novamente nas relações jurídicas continuadas, quando houver modificação do estado de fato (natureza *rebus sic stantibus*).

Nos processos coletivos, em algumas situações, diante da complexidade das relações sociais massificadas, a tutela dos direitos transindividuais se sobrepõe à coisa julgada. No caso de uma ação coletiva, quando a pretensão é improcedente por insuficiência de provas, a questão pode ser rediscutida. A finalidade que se pode aferir da exceção à impossibilidade de se repropor a demanda é a relevância das questões de fato e de Direito. Há previsão nesse sentido no artigo 18 da Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/1965), no artigo 18 da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985) e no artigo 103, I, do Código de Defesa do Consumidor.

A mesma discussão ocorre em torno de um processo estrutural, o qual decorre de um problema estrutural. Há um estado de desconformidade que não necessariamente retrata um contexto de ilicitude. O início da discussão começou nos Estados Unidos, no caso *Brown vs. Board of Education Topeka*, em que a Suprema Corte norte-americana reconheceu a

¹³² Para Antônio do Passo Cabral, a possibilidade de aplicação do referido artigo deve ficar restrita à ideia de fatos novos como fatos supervenientes, o que geraria a impossibilidade de aplicação para fatos anteriores à formação da estabilidade”. CABRAL, Antônio do Passo. **Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo**: introdução ao art. 23 da LINDB. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 179.

¹³³ Segundo Antônio do Passo Cabral, “A coisa julgada imuniza a sentença não porque seu conteúdo deva ser compreendido como verdade dos fatos, mas porque o Estado assim o determina por meio de uma norma externa à própria decisão”. CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 79.

inconstitucionalidade do sistema de admissão em escola pública com base na segregação racial. Posteriormente, as reformas estruturais incluíram reformas nos sistemas prisionais, polícia, moradia, entre outras áreas¹³⁴. O processo estrutural é caracterizado por dar mais relevância à compreensão teleológica dos fatos do que propriamente à relação causal, ou seja, os fatos devem ser vistos de um ponto de vista ideal, no sentido daquilo que se quer implementar no futuro¹³⁵.

O processo não pode ser dissociado de uma realidade social que retrata os fatos. Esse movimento para se destacar os fatos pode ser analisado na perspectiva de se adaptar o instrumento às necessidades atuais¹³⁶. O Código de Processo Civil, por exemplo, prevê no artigo 327, §2º, a possibilidade do emprego de técnicas processuais diferenciadas, previstas nos procedimentos especiais, no procedimento comum, desde que não seja com ele incompatível.

Também é possível identificar no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de se propor uma ação declaratória sobre fatos. O artigo 19 do Código de Processo Civil assegura interesse de agir para a declaração de existência, inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica, ou para que seja declarada a autenticidade ou falsidade de documento¹³⁷. Outra hipótese diz respeito à ausência, instituto do Direito Civil que trata de uma situação envolvendo

¹³⁴ Fredie Didier Jr, Hermes Zanetti Jr e Rafael Alexandria de Oliveira, ao tratarem do tema, assim definem: “A partir dessas situações pontuais, passou-se a designar como decisão estrutural (*structural reform*) aquela que buscasse implementar uma reforma estrutural (*structural reform*) em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos. Por isso, o processo em que ela se constrói passou a ser chamado de processo estrutural. Parte-se da premissa de que a ameaça ou lesão que as organizações burocráticas representam para a efetividade das normas constitucionais não pode ser eliminada sem que tais organizações sejam reconstruídas”. DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 45, n. 303, p. 45–81, 2020. p. 47.

¹³⁵ GALDINO, Matheus Souza. Breves reflexões sobre as consequências de uma compreensão teleológica dos fatos para a teoria do processo estrutural. In: ARENHART, Sérgio; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 686.

¹³⁶ Conforme prevê Miguel Reale, “Entendo por alteração de natureza fatural as que se ligam aos acontecimentos dos mais diversos tipos, desde os de caráter econômico até os tecnológicos, quando os fatos novos não podem mais ser abrangidos adequadamente pelos esquemas legais já existentes. Grande número de fatos novos, como se sabe, embora não rigorosamente correspondentes às regras jurídicas vigentes, podem ser subordinados a essas regras mediante adequados processos hermenêuticos, tal como acontece, por exemplo, graças à interpretação extensiva ou analogia. Casos há, todavia, em que emergem fatos que exigem que sejam encontradas outras soluções normativas, sob pena de se cair no mundo das ficções e dos artifícios na interpretação das regras superadas”. REALE, Miguel. **Estudos de filosofia e ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 53.

¹³⁷ Felipe de Oliveira Gonçalves sustenta que o rol do artigo 19 do Código de Processo Civil é meramente exemplificativo: “Também não há qualquer vedação, em outro dispositivo da legislação processual, de que a declaração não poderá recair sobre fatos. É possível conjecturar se existem ou não normas que impediriam, de forma indireta, o ajuizamento de uma ação declaratória de fato (por exemplo, violação à ampla defesa) – o que, conforme se sustenta, também não procede. Por outro lado, não há qualquer norma legal que impeça, diretamente, o ajuizamento de ação declaratória de fatos”. GONÇALVES, Felipe de Oliveira. **Ação declaratória de fatos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023. p. 82-83.

a morte presumida (artigos 7º a 22 do Código Civil). No caso, o procedimento busca declarar uma situação fática, para que sejam reconhecidos efeitos sucessórios.

Com essas considerações sobre a importância dos fatos e sua relação direta com o Direito, passa-se à análise na perspectiva do juiz, ao exercer a cognição. Conforme dito anteriormente, a cognição corresponde à análise dos fatos e das provas pelo juiz para, a seguir, tratar da motivação das decisões judiciais e os mecanismos para o seu controle epistêmico. O exercício da cognição pelo magistrado tem relação direta com a efetividade da tutela e da instrumentalidade do processo.

2.2 A cognição feita pelo juiz

Houve um período da História conhecido como Revolução Cognitiva. Aproximadamente setenta mil anos atrás, o Homo sapiens começou a desenvolver habilidades especiais, como criatividade, inteligência e sensibilidade. Uma nova forma de pensar surgiu, e a explicação mais aceita é que mutações genéticas alteraram as conexões cerebrais. Além dessa mudança no pensamento, uma nova forma de comunicação através da linguagem foi desenvolvida. Esse avanço, impulsionado pela Revolução Cognitiva, trouxe consigo o surgimento de lendas e mitos¹³⁸.

O conhecimento é obtido pelo ser humano de várias formas¹³⁹, uma delas é por meio de outras pessoas. A teoria do conhecimento, ao tratar das fontes de informação, busca que uma pessoa saiba algo de forma fidedigna, sem desenvolver uma crença sobre relatos falsos. Ao mesmo tempo que a epistemologia estuda as fontes do conhecimento, também se atém à compreensão dos seus limites, para que se tenha um ceticismo parcial de algum tipo ou de alguns tipos de conhecimento. Conforme tratado anteriormente, há um certo ceticismo, mesmo na epistemologia, quanto ao conceito de verdade.

O conhecimento passa por uma ideia de justificação, a qual tem que ser baseada em provas, ou seja, nas razões que justificam o conhecimento. Contudo, isso não quer dizer, necessariamente, que uma crença justificada seja verdadeira. A epistemologia admite a ideia do

¹³⁸ HARARI, Yuval Noah. **Sapiens**: uma breve história da humanidade. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2018. p. 39-43.

¹³⁹ Segundo Paul K. Moser, Dwayne H. Mulder e J.D. Trout, “Muitos conhecimentos são transmitidos na escola, no trabalho e em casa. Há muitas coisas em que acreditamos, e que até conhecemos, com base na autoridade de outros. Não obstante, adquirimos alguns conhecimentos por nós mesmos, independentemente do testemunho alheio”. MOSER, Paul K.; MULDER, Dwayne H.; TROUT, J. D. **A teoria do conhecimento**: uma introdução temática. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 4.

falibilismo e busca mecanismos para evitar erros judiciários. O contexto da justificação ainda será abordado durante o trabalho, mas, ao abordar a cognição, que decorre de um raciocínio, é possível definir uma justificação indutiva e uma justificação dedutiva. Ao tratar dos fatos e da análise desses fatos, a justificação pelo juiz é uma decorrência de um Estado Democrático de Direito.

A justificação dedutiva é uma proposição justificada que acarreta logicamente aquilo que é justificado. Por exemplo, a proposição de que “todos os servidores públicos de um determinado Juízo são competentes e João integra esse órgão jurisdicional” acarreta a crença de que João é competente. A justificação indutiva é uma proposição justificada que não acarreta logicamente o que ela justifica. Há uma relação de probabilidade que caracteriza a justificativa indutiva. A chamada teoria de uma perda probatória na seara processual, ou a teoria da perda de uma chance, para fins de responsabilidade civil, tratam de uma justificação indutiva, baseada em um juízo de probabilidade¹⁴⁰.

As fontes do conhecimento são, tradicionalmente, o racionalismo e o empirismo. O conhecimento racional tem toda fonte em razão não empírica. Em relação ao empirismo, o conhecimento decorre das experiências sensoriais. Há, também, quem sustente a existência de um inatismo na obtenção do conhecimento. Outra natureza do conhecimento decorre de uma intuição¹⁴¹ e até mesmo da memória. Essas duas últimas fontes do conhecimento, não abordadas no âmbito jurídico, serão tratadas posteriormente, quando a tese desenvolver o tema relacionado à existência de fatos extrajurídicos ou extraprocessuais que podem influenciar em uma decisão judicial.

O conhecimento dos fatos em um processo judicial ainda é considerado uma situação impassível de controvérsias. “Contra os fatos não há argumentos” e “os fatos são os fatos e não precisam ser debatidos” são frases ditas sem uma maior análise crítica. A ideia de que os fatos

¹⁴⁰ O Superior Tribunal de Justiça aplicou a teoria da perda de uma chance probatória nos seguintes julgados: HC n. 706.365/RJ, Sexta Turma, julgado em 23/5/2023, DJe de 30/5/2023, AgRg no AREsp n. 2.203.435/SP, Quinta Turma, julgado em 06/12/2022, DJe 13/12/2022 e HC n. 829.723/PR, Sexta Turma, julgado em 12/12/2023, DJe 15/12/2023.

¹⁴¹ Segundo Paul K. Moser, Dwayne H. Mulder e J.D. Trout, “O uso das intuições é às vezes identificado como o senso comum, uma coletânea primitiva de crenças cuja verdade teria sido apreendida da observação casual. [...] Quando fazemos afirmações intuitivas sem elaborá-las, elas podem ser tratadas como relatos pessoais ou peças interessantes de uma autobiografia. As pessoas que se limitam a afirmar suas intuições não fazem outra coisa senão afirmar que consideram uma dada opinião plausível de conhecimento quando o objeto de conhecimento é a própria pessoa que os faz”. MOSER, Paul K.; MULDER, Dwayne H.; TROUT, J. D. **A teoria do conhecimento**: uma introdução temática. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 121-122.

são evidentes e não necessitam de justificação decorre de uma crença, mesmo que se obtenha a conclusão indiretamente, por meio de um método indutivo¹⁴².

Nos séculos IV e V, havia o sistema dos ordálios no Império Romano, nos quais o conhecimento era formado com base nos chamados juízos divinos¹⁴³. O sistema dos ordálios transferiu a Deus a responsabilidade do julgamento, com a ideia de que, por Ele estar interessado nos assuntos do mundo, seria sensível a bens tão delicados e relevantes de suas criaturas, como são os bens que são tutelados no Direito Penal e no Direito Processual Penal. A opção por esse sistema não atingiu o resultado esperado e houve a sua modificação pelo Papa Inocêncio III, o qual proibiu essa prática por meio do Quarto Concílio de Latrão¹⁴⁴.

A transformação dos sistemas probatórios tem como ponto de partida o século XIII, ao se instituir o *ordo judiciorum*¹⁴⁵. É uma espécie de modelo universal do processo civil e que era seguido em boa parte da Europa. A partir do Iluminismo, com o predomínio da razão e o desenvolvimento de várias áreas do conhecimento, fala-se, na óptica do Direito, do império dos fatos¹⁴⁶. O período pós-iluminista foi marcado pelo positivismo. Em seguida, há o período pós-positivista, que é marcado, em algum momento, pela influência de algumas epistemologias mais subjetivistas no conhecimento dos fatos¹⁴⁷. Em contrapartida a esse subjetivismo, busca-se uma teoria racionalista da prova, a qual será objeto de posterior análise.

Ao se falar na cognição feita pelo juiz em um processo judicial¹⁴⁸, tradicionalmente a abordagem é feita como uma técnica processual e como um juízo decisório. A cognição tem estreita relação com a prova, pois somente aquilo que pode ser conhecido é o que pode ser

¹⁴² GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no direito**: bases argumentativas da prova. Salvador: Juspodivm, 2022. p. 11.

¹⁴³ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2016. p. 20.

¹⁴⁴ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés; LAGIER, Daniel González. **La prueba de los hechos**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2022. p. 17.

¹⁴⁵ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2016. p. 44.

¹⁴⁶ Segundo Marina Gascón Abellán, “No entanto, esse papel de protagonista que se atribuía aos fatos, à observação e ao método experimental não implicava uma crença acrítica na natureza infalível do conhecimento empírico, sobretudo no que se refere aos fatos do passado e do futuro”. GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no direito**: bases argumentativas da prova. Salvador: Juspodivm, 2022. p. 45.

¹⁴⁷ Marina Gascón Abellán, ao tratar da influência mais profunda das epistemologias subjetivistas, afirma: “aparece naquelas propostas que ou conduzem o subjetivismo a um grau de intuicionismo capaz de arruinar qualquer possibilidade de controle racional dos fatos, ou postergam o próprio conhecimento dos fatos em favor de outras finalidades práticas, abandonando, dessa forma, o conceito de verdade como adequação”. GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no direito**: bases argumentativas da prova. Salvador: Juspodivm, 2022. p. 60.

¹⁴⁸ Kazuo Watanabe assim define a cognição: “A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *iudicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo”. WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 41.

provado. Além disso, a técnica da cognição deve observar um procedimento adequado, com a maior ou a menor participação das partes e do juiz na formação da coisa julgada, ou mesmo de uma estabilidade da decisão judicial.

A cognição também se relaciona com os fatos ou enunciados fáticos que precisam ser provados, pois adquirem relevância processual. Sua existência passada pode deixar representações, rastros ou marcas em pessoas e coisas, os quais podem ser inferidos como prova a partir do que restar desses elementos. O material fático existente no processo é objeto de conhecimento pelo juiz, que, por sua vez, verifica sua aptidão na produção de algum efeito jurídico¹⁴⁹.

Essa análise procedimental é bem evidente no processo civil. O Código de Processo Civil, na sua Parte Especial, prevê o processo de conhecimento, o qual é dividido entre procedimento comum e procedimentos especiais. Os procedimentos especiais apresentam tutelas diferenciadas, as quais perpassam também por uma cognição diferenciada do juiz. No caso de um processo de execução, o direito da parte está certificado em um título extrajudicial, o que denota uma menor cognição do juiz. Contudo, em qualquer processo, o juiz exerce cognição, seja de forma mais ampla ou de forma mais restrita.

Um juiz fiel aos fatos exerce uma cognição sumária ou cognição exauriente e uma cognição horizontal ou vertical. No plano horizontal, por exemplo, a cognição pode sofrer limites a depender das questões a serem analisadas. Em algumas situações, a cognição pode ficar limitada pela própria lei, que limita a densidade do contraditório no processo. O Código de Processo Civil estabelece que a matéria a ser alegada fica restrita a algumas matérias, como no cumprimento de sentença (artigo 525) e nos embargos à execução (artigo 917). Aqui, trata-se de uma cognição horizontal parcial¹⁵⁰.

Ademais, é possível abordar a limitação da cognição do juiz nas hipóteses de cognição sumária. No Direito Processual Civil, as tutelas de urgência são situações que visam assegurar um direito ameaçado por um perigo iminente (tutela de natureza cautelar); a realização de um direito antecipadamente diante de uma situação de perigo (tutela antecipada) e a efetivação de um direito evidente por meio da tutela de evidência prevista no artigo 311 do Código de Processo Civil.

¹⁴⁹ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Valoração da prova e sentença penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 37.

¹⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 78.

Ainda em uma abordagem tradicional, a cognição sumária é uma cognição superficial¹⁵¹. A situação retrata uma probabilidade, a qual vem prevista na legislação processual civil no momento que trata das tutelas de urgência. O Código de Processo Civil prevê, no artigo 300, a possibilidade da concessão de uma tutela de urgência quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano para a tutela antecipada, ou a probabilidade do Direito e o risco ao resultado útil do processo para a tutela cautelar.

A cognição feita pelo juiz fiel passa pela análise das questões de fato e de Direito¹⁵², as quais dizem respeito às controvérsias. Elas podem ser questões preliminares, prejudiciais ou de mérito. As preliminares e prejudiciais são questões prévias, pois antecedem a análise do mérito. Em relação às questões prejudiciais, seu teor é determinante para a solução da questão subordinada. Um exemplo comumente citado é a busca por alimentos devidos em razão do parentesco, mas antes deve ser reconhecido o vínculo biológico ou socioafetivo. O reconhecimento de paternidade é uma questão subordinante para o conhecimento, pelo juiz, da questão subordinada (obrigação alimentar). Essa técnica tem por finalidade acompanhar o percurso mental a ser percorrido pelo juiz.

Ao exercer a cognição, o juiz interpreta e resolve a controvérsia por meio de um convencimento motivado. O contexto da descoberta e o da justificação serão abordados mais adiante, mas é importante desde já considerar que o contexto da descoberta envolve a atividade de conhecimento exercida pelo juiz. O contexto de justificação reflete-se no dever de fundamentação das decisões judiciais. Para que a essência de um conhecimento pleno seja atingida, há necessidade de prévia previsão legal, observância do contraditório, das formas e prazos¹⁵³.

A interpretação de uma questão de fato gera a necessidade da discussão em torno da cognição exercida pelo juiz. A partir do momento em que há uma qualificação do fato, a partir de uma operação judicial, essa operação tem natureza normativa¹⁵⁴. Entretanto, não é viável

¹⁵¹ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 95.

¹⁵² Daniel González Lagier, ao falar da distinção entre questão de fato e de direito, destaca um enfraquecimento dessa distinção e aponta uma consequência: “Parece-me que a consequência mais imediata é se perceber se na argumentação em matéria de fatos aquilo que é puramente fático e o normativo se entrecruzam, sem que isso, todavia, acarrete que a argumentação sobre os fatos seja indistinguível da argumentação sobre o Direito”. LAGIER, Daniel González. **Quaestio facti**: ensaios sobre a prova, causalidade e ação. Salvador: Juspodivm, 2022. p. 56.

¹⁵³ PISANI, Andrea Proto. Verso la residualità del processo a cognizione piena? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 131, p. 239-249, jan. 2006. p. 240.

¹⁵⁴ Segundo Marina Gascón Abellán, “Como já mencionado, os autores costumam reconstruir o procedimento judicial como um ‘silogismo prático’, em que a premissa principal é uma norma que atribui uma consequência legal (C) a um suporte fático (H); e a premissa é o enunciado resultante de um raciocínio – a ‘qualificação jurídica’ dos fatos – segundo o qual os fatos judicializados e provados F constituem um caso particular de H”. GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no direito**: bases argumentativas da prova. Salvador: Juspodivm, 2022. p. 115.

que em todos os casos o suporte fático seja exaustivo e definido com precisão. Conforme tratado anteriormente, há situações em que os fatos e/ou o Direito podem conter uma certa indeterminação.

Imagine a hipótese em que o juiz precisa decidir sobre a contradita de uma testemunha, na qual se discute a amizade íntima ou inimizade com a parte que a arrolou¹⁵⁵. Conforme tratado anteriormente no contexto desse capítulo, a atividade interpretativa deve levar em conta o contexto histórico e a ordem social. Além disso, em razão da existência da textura aberta do Direito¹⁵⁶ em algumas hipóteses, há necessidade de se valer de um dos juízos descritos anteriormente.

A cognição do juiz sobre os fatos ganha cada vez mais relevância. Assim, busca-se destacar pontos no âmbito processual. Posteriormente, ao se afastar da objetividade almejada pelo ordenamento jurídico, serão abordados aspectos da economia comportamental e da psicologia cognitiva que trazem à discussão possíveis vieses, atalhos cognitivos e julgamentos intuitivos que podem influenciar um juiz imparcial.

Embora se reconheça que os fatos em um contexto judicial ganham contornos mais evidentes com alguns institutos, o ensino jurídico ainda é negligente quanto à determinação dos fatos¹⁵⁷. A construção de um cognitivismo processual¹⁵⁸ representa um avanço, porém o estudo

¹⁵⁵ Daniel González Lagier apresenta uma proposta de qualificação dos fatos no Direito. Segundo o autor, há os fatos externos, que podem ser independentes da vontade, dependentes da vontade e as omissões. Os fatos internos ou psicológicos são caracterizados pelos estados mentais (vontades, desejos e emoções), além das ações mentais. Além desses, há os fatos pertinentes às relações causais que estão presentes no nexo de causalidade. LAGIER, Daniel González. **Quaestio facti**: ensaios sobre a prova, causalidade e ação. Salvador: Juspodivm, 2022. p. 29-30. Marina Gascón Abellán configura o suporte fático em três tipos: fatos externos, fatos internos ou psicológicos e conceitos que devem ser preenchidos com conteúdo pelo juiz, por meio de juízos de valor. GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no direito**: bases argumentativas da prova. Salvador: Juspodivm, 2022. p. 119.

¹⁵⁶ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2018. p. 161-175.

¹⁵⁷ Conforme prevê William Twining, “*Llama la atención que la mayoría de las discusiones sobre el razonamiento y la interpretación jurídica se enfoquen en cuestiones de Derecho, con escasa o sin ninguna referencia ya no sólo a las cuestiones de hecho, sino de manera más general, al razonamiento y la racionalidad en otros contextos jurídicos, tales como la investigación, la negociación y la fijación de la sanción. Las relaciones entre los distintos tipos de razonamientos de los juristas no han sido suficientemente explorados*”. TWINING, William. De nuevo, los hechos en serio. **DOXA**: Cuadernos de Filosofía de del Derecho, Alicante, n. 32, p. 317-340, 2009. p. 321.

¹⁵⁸ Luigi Ferrajoli, ao falar sobre o cognitivismo processual: “Daí deriva um modelo teórico e normativo do processo penal como processo de cognição ou de comprovação, onde a determinação do fato configurado na lei como delito tem o caráter de um procedimento probatório do tipo indutivo, que, tanto quanto possível, exclui as valorações e admite só, ou predominantemente, *afirmações* ou *negações* – de fato ou de direito – das quais sejam predicáveis a *verdade* ou *falsidade* processual, no sentido que será elucidado mais adiante”. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 41. Marina Gascón Abellán adota o modelo epistemológico cognitivista, que se contrapõe ao decisionismo ou construtivismo. GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no direito**: bases argumentativas da prova. Salvador: Juspodivm, 2022. p. 80.

dos fatos não é equânime quando se compara com a hermenêutica jurídica. Embora a concepção tridimensional trate do Direito como fato, valor e norma, a análise dos fatos não é tão difundida quanto às demais dimensões.

A cognição e a interpretação estão diretamente relacionadas. A cognição do juiz não se resume à reprodução do texto legal. Há uma atividade interpretativa e, para a teoria cética moderada, ela é criativa. A interpretação não é um mero passar de significados, ela implica valoração na estrutura do ordenamento e no diálogo com as partes em um processo judicial. Por certo, essa atividade criativa encontrará limitações no próprio ordenamento jurídico, a justificar, por exemplo, um sistema valorativo do convencimento motivado.

Há quem sustente, na linha do modelo cooperativo de processo, a existência de um estado cognitivo comunitário¹⁵⁹, em uma linha de diálogo e de interação entre o juiz, as partes e terceiros. O *amicus curiae*, na forma prevista no artigo 138 do Código de Processo Civil, pode atuar quando houver matéria relevante, especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia. Essa modalidade de intervenção de terceiros tem por finalidade fornecer maiores elementos ao órgão julgador para melhor conhecimento das questões de fato e questões de direito.

Quando se fala na interpretação de um fato, conforme dito acima, há uma concepção cognitivista¹⁶⁰. Em contraposição a essa concepção, há uma concepção não cognitivista, baseada em uma racionalização posterior. Nesse caso, primeiro o juiz decide e depois racionaliza por meio da premissa correspondente¹⁶¹. Em um contexto intermediário, a concepção é pautada pela possibilidade de ora se aplicar uma concepção cognitivista, ora se aplicar uma concepção não cognitivista.

¹⁵⁹ Conforme prevê Fernanda Costa Vogt, “Simplificadamente, diz respeito à construção paulatina do conhecer, por influência de todos os sujeitos que interpretam determinado enunciado ou evento. No contexto desse estado cognitivo comunitário, a relação processual pressupõe a interação entre sujeitos, tornando-se impossível ao juiz conhecer e interpretar fatos e direito de maneira isolada do discurso dos demais sujeitos do processo. VOGT, Fernanda Costa. **Cognição do juiz no processo civil**: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 70.

¹⁶⁰ Michele Taruffo destaca que “Quem, por sua vez, considera que a apuração dos fatos deve inserir-se em um contexto de racionalidade intersubjetiva – devendo, assim, basear-se em um conjunto de inferências logicamente controladas, fundadas em premissas cognitivistas seguras e bem determinadas no seu valor informativo – estará inclinado a pensar que a verdade judicial dos fatos corresponde ao êxito final de complexa operações racionais, tanto mais confiáveis, quanto mais fundadas em conhecimentos certos”. TARUFFO, Michele. **A prova**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2014. p. 300-301.

¹⁶¹ Josep M. Vilajosana explica a teoria não cognitivista: “El juez las incluye en su decisión, pero esto es puramente una racionalización posterior: primero decide em función de objetivos o valores, que le permitan dar una solución adecuada a la sociedad cambiante, y después lo racionaliza a través de la premisa correspondiente”. VILAJOSANA, Josep M. **Identificación y justificación del derecho**. Marcial Pons: Madrid, 2007. p. 105.

Dessa forma, busca-se, ao abordar a cognição realizada pelo juiz, trazer a perspectiva de que o modelo acerca do conhecimento e determinação dos fatos deve ser analisado de acordo com outras áreas do conhecimento, notadamente da Filosofia e da Psicologia. A cognição e a interpretação são anteriores ao processo e até mesmo ao Direito. A cognição deve ser entendida não apenas em relação aos atos decisórios em um processo judicial, mas também em conexão com a teoria do conhecimento e suas implicações na tomada de decisão judicial.

A dogmática do processo deve observar progressivamente o influxo de outras áreas. A proposta é agregar conhecimento para a correta determinação dos fatos, não somente com base na epistemologia jurídica, mas o conhecimento sobre teorias e perspectivas que podem ser utilizadas pelo juiz para que o exercício da cognição seja mais qualificado e implique em uma melhor inter-relação com o Direito. Quando o juiz busca fidelidade aos fatos com base em conhecimentos de outras áreas, a motivação de suas decisões tende a refletir uma análise mais precisa dos fatos.

2.3 A motivação das decisões judiciais e o controle epistêmico

A motivação das decisões judiciais acompanha a evolução do Direito. Havia um sistema em que todos os poderes estavam reunidos no soberano, o qual podia delegar a missão de julgar e sem motivar as suas decisões. A argumentação jurídica não era específica, as fontes do Direito eram imprecisas e os julgamentos não eram levados ao público. Após a Revolução Francesa, com a separação dos poderes, a publicação de leis e motivação das decisões referindo-se à legislação, houve uma mudança significativa em relação ao cenário de outrora¹⁶².

Após a análise da cognição, deve ser exposta a justificação do juiz para chegar à decisão, para que o pronunciamento não se mostre arbitrário. O modelo que se busca é que o juiz construa o raciocínio para depois decidir a causa, e não o contrário. Contudo, como será exposto, a intuição pode levar a um pré-julgamento, o que, de certa forma, quebra o itinerário a ser percorrido pelo juiz na formação do seu convencimento¹⁶³. Neste ponto da tese, o desenvolvimento da motivação se concentra no aspecto dos fatos, sob uma perspectiva mais epistemológica, e na identificação dos mecanismos de controle.

¹⁶² PERELMAN, Chäim. **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 183-184.

¹⁶³ Para Enrico Tullio Liebman, “Naturalmente, não pode excluir de forma radical que, às vezes, as coisas caminhem dessa forma, e que o juiz, depois de ter decidido a causa, ou por intuição ou por raciocínio, deve tentar explicar e justificar a sua decisão, servindo-se de meios lógicos, examinando e resolvendo ordenadamente as questões de fato e de direito apresentada pelo caso. LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão. Reflexões sobre a motivação da sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 10, n. 29, 1983. p. 80.

A questão da fundamentação de uma decisão judicial perpassa pelo contexto da justificativa, o qual será detalhado em item específico, pois retrata uma discussão em torno da argumentação jurídica. Também não será desenvolvida a correlação entre a motivação e os sistemas de valoração da prova, ao se tratar do convencimento motivado e as críticas a uma possível subjetividade decisória, em razão da existência de uma discutida discricionariedade judicial.

Tradicionalmente, o dever de motivar está ligado à ideia de racionalização do sistema de justiça em uma perspectiva técnica. O dever de motivar busca a identificação correta das razões de decidir, a partir da justificação das escolhas feitas pelo juiz, o que possibilita a interposição de um recurso adequado com as razões recursais pertinentes. Do ponto de vista epistemológico, os princípios fundamentais impõem uma garantia dos cidadãos em relação ao Estado-juiz, para que o contexto da justificação seja publicizado¹⁶⁴.

As características da definitividade e indeclinabilidade da decisão judicial justificam a necessidade de motivação, a possibilitar o controle das partes e eventual impugnação. Além da existência desse controle endoprocessual, fala-se também em um controle extraprocessual, em razão de uma atuação estatal que deve ser dotada de publicidade. Outro ponto que merece ser destacado diz respeito à opinião pública, pois é sustentado atualmente que esse fator extraprocessual pode influenciar a tomada de decisão judicial.

A ideia de um Estado de Direito é de um Estado que se justifica e se legitima. Os membros do Poder Judiciário não exercem mandato, da forma como ocorre no Poder Legislativo. Também não há o controle pelo Chefe do Poder Executivo, legitimado pelo voto popular. A função política da motivação das decisões judiciais é encontrada na publicidade e transparência para o exercício de um controle da legitimidade democrática de participação popular¹⁶⁵. Aqui, também se trata da motivação como uma garantia extraprocessual.

¹⁶⁴ Segundo José Carlos Barbosa Moreira, em texto publicado no ano de 1978, a motivação das decisões judiciais deve ser vista como uma garantia: “O tratamento mais moderno do problema utiliza outro enfoque. Não se nega a importância dos aspectos puramente técnicos, ou pelo menos de alguns deles; mas é alhures que se coloca a tônica. Vai-se firmando a convicção de que o problema se põe, antes de tudo, no plano dos princípios fundamentais, de ordem política – no mais nobre sentido da palavra –, 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. MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 16, p. 111-125, out./dez. 1978. p. 115-116. Para Luigi Ferrajolli, a garantia da motivação caracteriza o fechamento do sistema processual. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 573.

¹⁶⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 68. Ao falar da decisão no quadro da política, Cândido Rangel Dinamarco assim prevê: “Justamente porque as decisões que em seu conjunto representam a *política* partem do número restrito dos sujeitos encarregados delas no seio do Estado e destinam-se a todo o universo de membros da população, é que de

Do ponto de vista endoprocessual, a motivação atua como garantia, dentre outras, da imparcialidade do juiz e do duplo grau de jurisdição. O ordenamento jurídico brasileiro é desenvolvido para que haja uma maior transparência na atuação dos seus atores e, com isso, a necessidade de externar as suas razões. O duplo grau de jurisdição está direcionado para a correção de erros e a necessidade de uniformização das regras jurídicas. A manutenção de juízes para revisão do trabalho de outros juízes necessita de um investimento em recurso sociais para a uniformização. Segundo a perspectiva de uma análise econômica do processo, há um *trade-off* com a celeridade processual¹⁶⁶.

No ordenamento jurídico, quando se trata de tomada de decisão, a regra é a motivação. No caso da atuação do juiz, os pronunciamentos judiciais que contenham conteúdo decisório devem ser fundamentados. Há a ressalva para a hipótese dos denominados despachos de mero expediente, pois não têm conteúdo decisório¹⁶⁷. No que diz respeito às partes, no exercício da tomada de decisão, existe a possibilidade de ausência de motivação nos direitos potestativos, os quais colocam a outra parte em estado de sujeição. São exemplos de direitos potestativos o divórcio, o direito de arrependimento no direito do consumidor para as compras realizadas fora do estabelecimento e, recentemente, a possibilidade de alteração do nome civil da pessoa natural, conforme previsão do artigo 56 da Lei nº 6.015/1973, alterado pela Lei nº 14.382/2022¹⁶⁸.

Quando se fala em uma motivação, é feita uma distinção entre a “motivação-atividade”, aquela realizada pelo juiz no processo de valoração da prova, com base em um modelo cognitivista, segundo as diretrizes epistemológicas. Além disso, há a “motivação-produto” ou “motivação resultado”, consistente na atividade de justificação que o juiz deve expor no pronunciamento judicial com conteúdo decisório. A explicação das questões de fato

alguma forma se faz necessário que eles disponham de meios para impô-las, sob pena de ineficácia (é indispensável, como se diz, a ‘capacidade física de execução’). DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2022. p. 78.

¹⁶⁶ GICO JR., Ivo T. **Análise econômica do processo civil**. Indaiatuba: Foco, 2020. p. 166-167.

¹⁶⁷ Nos denominados atos ordinatórios, sem conteúdo decisório, é possível que ocorra a delegação aos serventuários da justiça, conforme prevê o artigo 93, XIV, da Constituição Federal. De certa forma, há uma relativização do princípio da indelegabilidade da jurisdição.

¹⁶⁸ O referido dispositivo legal prevê a possibilidade de alteração do prenome, após ter atingido a maioria civil, de forma imotivada e independentemente de decisão judicial. A natureza potestativa de um direito deve ser excepcional. Ao falar do princípio da motivação, Luigi Ferrajoli destaca: “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, a *prova* das hipóteses acusatórias. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 573.

e de Direito, com base nas provas produzidas, deve indicar a escolha da hipótese de forma fundamentada¹⁶⁹.

São sustentadas duas concepções da motivação: a psicologista e a racionalista. A primeira diz respeito à expressão linguística que causou a tomada de decisão; a segunda identifica a motivação como justificação¹⁷⁰. Em relação à concepção psicologista, há uma dificuldade em se identificar todo o *iter* mental percorrido pelo juiz e os vários fatores causais tornam toda a motivação parcialmente inacessível. Em razão dessa dificuldade, a concepção racionalista entende a motivação como justificação. Com base nessa ideia racionalista, buscam-se as razões epistêmicas para os *standards* probatórios, tema que será tratado posteriormente.

Do ponto de vista epistemológico, a discussão da motivação no contexto atual não diz mais respeito à necessidade de fundamentação, pois essa atividade é inerente a um devido processo¹⁷¹. Os temas mais debatidos no que diz respeito à fundamentação das decisões judiciais para um controle epistemológico são os vícios de motivação e o alcance da fundamentação em um pronunciamento judicial, ou seja, se a fundamentação deve ser exauriente, ou basta uma fundamentação suficiente.

Para identificar se o dever de motivação foi observado, são estabelecidos alguns parâmetros. A ideia de uma fundamentação adequada passa pelo fato de o juiz reproduzir as razões que o levaram a adotar determinado posicionamento. O que é passível de controle é aquilo que o juiz exteriorizou na decisão. A possibilidade de utilização de fatores que não constam na motivação foge ao controle da epistemologia, notadamente os fatos que não constam no processo. Esses denominados fatores extrajurídicos ou extraprocessuais serão tratados adiante na tese¹⁷².

¹⁶⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Epistemologia judiciária e prova penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p. 297. Também nesse sentido, ver TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 203.

¹⁷⁰ FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Prova sem convicção**. Salvador: Juspodivm, 2022. p. 328. Há alguns autores que sustentam que a fundamentação deve adotar um mesmo explicativo, ou até mesmo híbrido. A questão será mais detalhada posteriormente.

¹⁷¹ A Corte Interamericana de Direitos Humanos julgou o caso Apitz Barbera e outros contra a Venezuela. A sentença foi proferida em 5 de agosto de 2008 e a situação envolvia alguns juízes que foram destituídos de seus cargos com base em alegações de erro judiciário. Ao abordar sobre o dever de motivação, a Corte destacou que o dever de motivar é uma garantia vinculada à administração da justiça no contexto de uma sociedade democrática. Também destacou que as decisões que afetam direitos fundamentais são decisões arbitrárias. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela**: Sentencia de 5 de agosto de 2008. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. San José, Costa Rica, 2008. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf. Acesso em: 12 out. 2024.

¹⁷² Segundo Michele Taruffo, os mecanismos psicológicos que tiveram lugar na mente do juiz não interessam à motivação: “Não se pode esquecer que, na realidade, não sabemos e não podemos saber nada sobre quais foram as efetivas ‘razões reais’ que determinaram a decisão e até onde uma decisão pode ser bem justificada, ou

As características de uma motivação ou fundamentação adequada passam pela identificação da *ratio decidendi*, a individualização da norma, a apuração dos fatos e a sua qualificação jurídica, a decisão e a sua racionalidade¹⁷³. A identificação da *ratio decidendi* na fundamentação ganhou ainda maior importância com o advento do sistema de precedentes vinculantes no Brasil, notadamente a partir de uma maior regulamentação no Código de Processo Civil, o qual estabelece quais são as hipóteses de observância obrigatória no artigo 927.

Quando se fala em um sistema de precedentes vinculantes, o ordenamento jurídico brasileiro passou, com o advento da Emenda Constitucional 45, de 2005, a prever as súmulas vinculantes no artigo 103-A da Constituição Federal. Posteriormente, no Código de Processo Civil de 2015, com vigência em 2016, identifica-se a busca por uma segurança jurídica por meio da instituição de outros precedentes vinculantes. A atuação do juiz, quando vai fundamentar um pronunciamento judicial, necessita da apresentação de um relatório. É por meio do relatório que as partes conseguem verificar se o magistrado compreendeu adequadamente os fatos descritos, para que então possam aferir se foi aplicado corretamente um precedente vinculante, caso seja a hipótese¹⁷⁴.

O sistema de precedentes passa nitidamente por uma questão de segurança jurídica e coerência do sistema. Um sistema estável, previsível, vai ao encontro do Direito, o qual busca regulamentar comportamentos para que sejam adotados de forma padronizada. Pode-se sustentar uma natureza ética nos precedentes, justificada não apenas pelo aspecto comportamental, pela unidade e pelo desenvolvimento do Direito, mas também pela clareza, igualdade, fortalecimento institucional, limitação do poder do Estado e racionalidade econômica¹⁷⁵.

mesmo motivada, independentemente do modo pelo qual o juiz a formulou e, portanto, também no caso em que o juiz chegue à decisão com um raciocínio racionalmente fundado se esse raciocínio não é expresso na motivação, ninguém saberá nada e a sentença imotivada ou mal motivada não terá, de qualquer, forma, uma justificação digna de consideração”. TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2015. p. 19. Essa visão é criticada por Marina Gascón Abellán. GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no direito**: bases argumentativas da prova. Salvador: Juspodivm, 2022. p. 328-329.

¹⁷³ TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 202-233.

¹⁷⁴ Daniel Mitidiero destaca a importância dos fatos em um sistema de precedentes: “É um conceito material, porque depende de um caso devidamente delineado, particularizado e analisado em seus aspectos fáticos-jurídicos – os precedentes operam sobre fatos que delimitam o contexto fático-jurídico a partir do qual surgiram. Em outras palavras, os precedentes são umbilicalmente dependentes da unidade fático-jurídica do caso. É por essa razão que normalmente se refere que os precedentes não operam sem referência a fatos”. MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. E-book. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/title>. Acesso em: 4 jun. 2024.

¹⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p. RB-4.1-RB-4.9. E-book. Acesso em: 4 jun. 2024.

Além da importância da correta delimitação dos fatos para identificação de um precedente, a identificação da *ratio decidendi* é essencial para a formação de um julgado paradigma, quando se fala em matéria de precedentes¹⁷⁶. A motivação é importante para estabelecer uma comparação entre o caso que originou o precedente e o novo caso que será aplicado, a fim de verificar a possibilidade de distinção (*distinguishing*) ou de superação de precedentes judiciais por meio do denominado *overruling*.

Não é todo o conteúdo de uma decisão judicial que integra os precedentes, somente as razões essenciais ou os fundamentos determinantes¹⁷⁷. Há uma distinção entre a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*. Embora também possa constar em um pronunciamento judicial com conteúdo decisório, as questões *obiter dicta* são argumentos ditos de passagem e que não são imprescindíveis para a solução da controvérsia, pois tangenciam o objeto da causa¹⁷⁸. A correta identificação do que é *ratio decidendi* e do que é *obiter dictum* é casuística e, por isso, a motivação das decisões judiciais assume ainda mais importância nesse contexto.

Ao abordar a segunda característica da motivação, consistente na individualização da norma, a questão é mais detalhada no âmbito da hermenêutica jurídica ou da interpretação da norma. Ao fazer a individualização da norma, há uma escolha interpretativa do juiz acerca de um enunciado normativo aplicável ao caso. A situação pode ser não tão simples quanto parece, pois as diretivas apontadas pelo magistrado para reportar as escolhas interpretativas podem não ser tão precisas, em razão da existência de uma estrutura semântica aberta, ou mesmo de valores que podem não aparecer naquilo que é exteriorizado.

¹⁷⁶ Segundo Luiz Fux e Bruno Bodart, “A propósito, uma preocupação central do novo Código, relacionada a esse aspecto, é a relativa a uniformização e estabilização da jurisprudência. O art. 926 impõe aos Tribunais a uniformização de sua jurisprudência para mantê-la estável, íntegra e coerente. A uniformização da jurisprudência, no modelo estabelecido pela novel legislação, atrai um regime de maior rigor em relação à fundamentação das decisões judiciais, no afã de prover balizas mais rigorosas para a aplicação do direito pelas diversas instâncias do Judiciário, bem assim constituir ambiente de previsibilidade para os jurisdicionados. FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 161.

¹⁷⁷ Danyelle Galvão pondera que “A *ratio decidendi* não se confunde com a fundamentação da decisão judicial, apesar de nela se encontrar, tampouco corresponde ao relatório e dispositivo, uma vez que é norma determinante para o alcance da solução do caso posto a julgamento. A definição desse elemento é essencial justamente porque apenas a *ratio decidendi* pode adquirir efeito vinculante, ou seja, pode constituir a parcela de observância obrigatória do precedente. Evita-se, assim, que questões não essenciais da decisão ou não estritamente ligadas aos fatos do caso anterior, sejam eventualmente consideradas vinculantes para casos subsequentes”. GALVÃO, Danyelle. **Precedentes judiciais no processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2022. p. 77-78.

¹⁷⁸ Diego Eduardo López Medinda, ao distinguir *ratio decidendi* de *obiter dictum*, apresenta os seguintes pontos: “Con estos criterios, la distinción entre *ratio* y *obiter* queda incorporada en el mismo texto de la sentencia que se analiza: es *ratio* aquel argumento que consciente y explícitamente le permite a la Corte llegar a la decisión; el *obiter*, de otro lado, son argumentos incidentales, secundarios, subdesarrollados o, incluso, meramente sugeridos que no se requieren para la conclusión alcanzada”. LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. **El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial**. 2. ed. Bogotá: Universidad de los Andes, 2006. p. 223-224.

A terceira característica da motivação diz respeito à apuração dos fatos e à sua qualificação jurídica. A motivação da premissa fática é diferente da premissa da motivação normativa (*quaestio facti* e *quaestio iuris*). Somente os fatos juridicamente relevantes são objeto de prova e devem integrar a decisão judicial¹⁷⁹. A *quaestio facti* e a sua correta determinação são uma questão epistemológica. Conforme a concepção cognitivista, que busca uma racionalidade no sistema probatório, ocorre uma separação conceitual entre os enunciados fáticos e os enunciados normativos.

A justificação de um enunciado normativo decorre de uma análise da sua validade, correção, completude e interatividade no diálogo com as partes. A justificação de um enunciado fático consiste em apresentar razões para sustentar a sua probabilidade, ou os critérios para aceitabilidade de sua veracidade. Acerca dos enunciados fáticos, de acordo com o estilo da motivação, é possível diferenciar duas técnicas: uma técnica analítica e outra técnica chamada holística. A técnica analítica prevê uma exposição pormenorizada de todas as provas e o valor atribuído a elas, além da cadeia que inferências que ensejou a decisão. A outra técnica, holística, compreende uma exposição dos fatos mediante um relato em uma estrutura narrativa¹⁸⁰.

No contexto do ordenamento jurídico brasileiro, a fundamentação das decisões judiciais é consagrada na Constituição Federal de 1988, no artigo 93, IX. Caso não haja a sua observância, há menção expressa à nulidade. A reprodução é apresentada no artigo 11 do Código de Processo Civil. O Código de Processo Penal, com a reforma realizada pela Lei nº 13.964/2019, passou a prever a nulidade quando houver carência de fundamentação na decisão (artigo 564, V).

O controle epistemológico sobre a determinação dos fatos inicia no momento que são estabelecidos os elementos de uma sentença. Segundo o artigo 489 do Código de Processo Civil, são elementos essenciais da sentença o relatório, a fundamentação e o dispositivo. Ao tratar do relatório no inciso I do referido dispositivo legal, há a expressa menção à necessidade de identificação do caso, a qual passa, necessariamente, pela delimitação dos fatos controvertidos

¹⁷⁹ Marina Gascón Abellán assim dispõe: “Em suma, motivar os enunciados fáticos é justificá-los na sentença e não refletir o *iter* decisório. É claro que isso não significa que a descoberta discorra e possa ocorrer mediante itinerários impossíveis de justificar racionalmente; não significa que o fantasma de Hamlet representa a fonte de conhecimento capaz de fundar a livre convicção, pois, nesse caso, arruinar-se-ia todo o edifício cognitivista, e a motivação se converteria em um exercício de invenção de “razões” completamente alheias aos “motivos” reais que levaram a que se considerassem verdadeiras determinadas afirmações”. GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no direito: bases argumentativas da prova**. Salvador: Juspodivm, 2022. p. 337.

¹⁸⁰ GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no direito: bases argumentativas da prova**. Salvador: Juspodivm, 2022. p. 355.

no processo¹⁸¹. Conforme exposto anteriormente, a identificação dos fatos também é importante para o sistema de precedentes vinculantes.

A Lei nº 9.099/1995, que trata dos Juizados Especiais Estaduais Cíveis, estabelece um procedimento especial para as ações cíveis de menor complexidade e prevê que o juiz apresente um breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório (artigo 38). Embora se busque simplificar a prática do ato processual, a ausência de relatório impossibilita a análise da correta identificação dos fatos pelo juiz, o que pode ir de encontro aos aportes epistemológicos.

A legislação estabelece que o vício na motivação de um pronunciamento judicial decisório enseja a nulidade. Trata-se de uma espécie de nulidade cominada¹⁸², a qual é dotada de natureza absoluta e possibilita o seu reconhecimento a qualquer tempo e grau de jurisdição, pois se trata de norma de ordem pública e que contém vício mais grave. Contudo, em razão da compreensão do sistema de nulidades a partir do aproveitamento dos atos processuais, é possível que o vício seja sanado antes da sua anulação, seja por meio de controle de partes, com a interposição do recurso de embargos de declaração, ou mesmo por meio de correção de ofício pelo juiz quando se trata de erro material.

O ponto principal sobre a discussão da fundamentação da decisão judicial não está propriamente na consequência pela sua inobservância, mas sim no que consiste em uma fundamentação adequada¹⁸³. Somente a partir da identificação de um modelo de fundamentação adequada é que se pode verificar a existência de um vício. A partir desse momento, identifica-se a consequência em um processo judicial. Tanto na doutrina quanto na legislação, o que se encontra é uma opção negativa, ou seja, busca-se estabelecer parâmetros do que não se

¹⁸¹ Segundo Teresa Arruda Alvim, “No relatório, o juiz faz como que um resumo do processo, expondo tudo o que lhe parece relevante, como os fatos, as razões de direito alegadas pelas partes, o pedido, a defesa. Expõe, pois, a matéria-prima que será o ponto de partida para sua decisão. [...] Na fundamentação, deve expor o magistrado as razões de seu convencimento, de forma clara e de molde a levar tantos quantoas a leiam tendam a chegar à mesma conclusão a que chegou”. ALVIM, Tereza Arruda. **Nulidades do processo e da sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. RB-1.22.

¹⁸² Teresa Arruda Alvim assim prevê: “Ainda, no grupo das nulidades absolutas estão aqueles casos que, *embora não tenham nada a ver com pressupostos processuais e condições da ação*, a lei qualifica expressamente de nulidade”. ALVIM, Teresa Arruda. Nulidades no Código de Processo Civil de 2015. **Revista Judiciária do Paraná**, Curitiba, n. 13, p. 74-90, 2017. p. 82.

¹⁸³ Nagib de Melo Jorge Neto prevê as seguintes regras: a decisão judicial deve ser clara e inteligível e deve se livrar da carga de argumentação imposta pelas partes, além de guardar coerência com as decisões anteriores. Caso a decisão seja incompatível com argumentos anteriores, a modificação de entendimento deve ser fundamentada. Além dessas regras, o autor ainda apresenta que para cada questão principal resolvida deve ser apresentada uma norma universal e as premissas devem ser bem detalhadas. JORGE NETO, Nagib de Melo. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 271.

considera fundamentado. Além disso, há certa divergência na doutrina e na jurisprudência sobre a presença ou ausência de fundamentação.

Para a parcela da doutrina que sustenta a motivação analítica, também chamada de atomista, algumas deficiências podem ser identificadas. A primeira delas foi tratada acima quando se falou do relatório ao se trazer um relato genérico, sem expor adequadamente os meios e modos que a prova foi alcançada por meio de um relato conjunto. Outro déficit que é apontado pela doutrina, no que diz respeito à motivação, é a utilização de uma motivação implícita ou por remissão, o que enseja uma motivação não exaustiva¹⁸⁴.

Outros vícios que são apontados na fundamentação referem-se a uma motivação contraditória e a uma motivação *per relationem*. A motivação contraditória vai de encontro à clareza que deve existir em relação aos atos processuais.¹⁸⁵ Inclusive, no atual cenário, há uma crescente onda de acesso ao Judiciário no que diz respeito à clareza e objetividade da linguagem. No final do ano de 2023, foi editado pelo Conselho Nacional de Justiça o Pacto Nacional do Judiciário pela Linguagem Simples, com a adoção de linguagem direta e concisa nas decisões judiciais. Embora uma linguagem rebuscada não constitua um vício na fundamentação, o que se verifica é que o contexto atual vai além da ausência de contradições, a exigir coerência e concisão nas fundamentações judiciais.

Uma discussão mais polêmica sobre a ausência parcial de motivação relaciona-se à motivação *per relationem*¹⁸⁶. No caso, o pronunciamento do juiz reporta as suas razões a ato processual diverso. Para o posicionamento que entende pela ausência de motivação, haveria uma inobservância da necessidade de a motivação ser expressa. Porém, a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem admitido a motivação *per relacionem*, quando o acórdão se limita a confirmar a sentença, desde que não haja fundamentos novos.

¹⁸⁴ GASCÓN ABELÁN, Marina. **O problema de provar**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2022. p. 58-64.

¹⁸⁵ Segundo Gustavo Badaró, “A motivação contraditória pode ocorrer quando há uma contradição lógica entre as preposições contidas na fundamentação, ou na hipótese em que os fundamentos adotados contrastam com o dispositivo da sentença”. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Vícios de motivação da sentença penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação *per relationem*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 38, p. 122-141, 2002. p. 129.

¹⁸⁶ Segundo Michele Taruffo, “Em linhas gerais, há motivação *per relationem* quando sobre uma questão decidida o juiz não elabora uma justificação autônoma *ad hoc*, mas reenvia à justificação contida em outra decisão. A propósito, podem ser distinguidas duas hipóteses principais: a primeira, que a jurisprudência da *Cassazione* já se ocupou com certa frequência, verifica-se quando o juiz de segundo grau recepciona a justificação contida na sentença de primeiro grau diante dele impugnada; a segunda, que a jurisprudência parece não ter dedicado muita atenção, verifica-se toda vez que o juiz reenvia à justificação formulada em um juízo diverso ou genericamente à jurisprudência existente sobre a matéria. TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 353.

Como afirmado, o controle epistêmico sobre a motivação das decisões judiciais é retratado em um contexto daquilo que não se considera adequado. Com o advento da previsão contida no artigo 489, §1º, do Código de Processo Civil, dentre as hipóteses ali previstas, é possível identificar que a finalidade é rechaçar as motivações genéricas, ou seja, as motivações em que não há contextualização casuística dos fatos. Assim, a reprodução de texto de lei, bem como a utilização de conceitos jurídicos indeterminados e motivos genéricos, são mecanismos que se contrapõem a uma fundamentação adequada.

Um inciso do artigo acima citado gerou maior discussão entre a doutrina e a jurisprudência, com a intenção de vedar uma motivação genérica e abstrata¹⁸⁷. Trata-se da imposição de um ônus argumentativo ao juiz¹⁸⁸ para enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a sua conclusão (inciso IV, §1º, artigo 489 do Código de Processo Civil). Há uma divergência em relação à adoção da necessidade de uma fundamentação exauriente, ou uma fundamentação suficiente.

O Código de Processo Penal, com a reforma realizada no ano de 2019, trouxe redação semelhante no contexto de um pronunciamento judicial envolvendo a prisão. O artigo 315, §2º, do Código de Processo Penal, amplia o alcance do dispositivo para qualquer medida cautelar. A ideia perpassa por uma fundamentação analítica, a demandar do juiz uma fundamentação exauriente¹⁸⁹. Contudo, os Tribunais Superiores têm se manifestado pela prevalência de uma fundamentação suficiente, no sentido de que o magistrado não precisa manifestar sobre todos os argumentos trazidos pelas partes, mas somente aqueles que se mostrarem suficientes para a formação do seu convencimento¹⁹⁰. Segundo a epistemologia, o modelo ideal de fundamentação é o analítico; no entanto, deve-se considerar que, conforme os tribunais, essa abordagem pode não ser viável por questões de política judiciária.

Dessa forma, ao tratar das motivações das decisões judiciais, com um recorte epistemológico acerca dos fatos, é possível identificar o controle por meio de previsões legais

¹⁸⁷ Para Sérgio Gilberto Melo Porto, “A nova disciplina, pois, em combate à massificação de decisões, impõe amarras dialéticas ao juízo, exigindo clara e intensa dialeticidade com os fundamentos da causa, inclusive o obrigando a enfrentar todos os *argumentos* postos pelas partes, disciplinando a compreensão de iterativa jurisprudência que o isentava de tal comprometimento”. PORTO, Sérgio Gilberto Melo. **Processo civil contemporâneo: elementos, ideologias e perspectivas**. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 124.

¹⁸⁸ TOVAR, Leonardo Zehuri. **Teoria do direito e decisão judicial: elementos para a compreensão de uma resposta adequada**. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 371.

¹⁸⁹ ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Fundamentação judicial exauriente, argumentação jurídica exauriente e concisão: um diálogo necessário. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 42, n. 274, p. 47-77, dez. 2017. p. 53.

¹⁹⁰ O Superior Tribunal de Justiça, mesmo após o advento do Código de Processo Civil de 2015, manteve o entendimento acerca da fundamentação suficiente. O posicionamento pode ser identificado nos seguintes julgados: EDcl no MS 21.315/DF, REsp 1.663.459/RJ, EDcl no REsp 1.322.791/DF e EDcl nos EDcl no AgInt nos EAREsp 773829.

que maculam um pronunciamento judicial quando não há uma fundamentação adequada. Também foi ponderado o controle por meio da estrutura da sentença, ao prever a necessidade de um relatório e o sistema de precedentes, com a necessidade da correta identificação do caso com eventual precedente vinculante, ou mesmo para realizar a distinção ou a sua superação.

2.4 Conclusões parciais

A primeira parte do trabalho foi destinada a destacar a importância da correta delimitação dos fatos e dos controles na atividade do juiz com base em uma teoria do conhecimento. A perspectiva é estabelecer limites à atuação estatal, em um processo judicial, com a intenção de tornar o sistema mais seguro e determinado. Os parâmetros estabelecidos são destinados tanto ao juiz fiel quanto ao juiz infiel. Ao abordar a interpretação dos fatos, destacou-se que o sistema jurídico é mais direcionado para uma hermenêutica jurídica e a análise dos fatos não é regulada pelo sistema de uma forma efetiva.

A ideia de um silogismo perfeito oculta o problema da qualidade das premissas. A epistemologia busca analisar o contexto da busca da verdade, pois os fatos devem ser interpretados segundo esse ideal. Embora se reconheça a dificuldade da obtenção de uma verdade real, inclusive com os perigos decorrentes da sua busca ilimitada, são apontadas algumas teorias, com a preponderância da teoria correspondentista, ou seja, a ideia de que a verdade precisa guardar alguma correspondência com os fatos que são apresentados.

A discussão epistemológica também perpassa pela imparcialidade do julgador, notadamente a partir de uma análise interdisciplinar, a justificar, por exemplo, a imparcialidade objetiva¹⁹¹ do juiz das garantias, a partir da Psicologia e da teoria da dissonância cognitiva. Quando se fala em cognição, o cognitivismo foi todo construído a partir de uma melhor análise da premissa maior, o que corresponde à análise das normas jurídicas. Contudo, com um sistema principiológico, de textura normativa aberta, cada vez mais a relação entre os fatos e o direito se estreita.

¹⁹¹ O critério objetivo para a análise da imparcialidade judicial foi adotado em 1982 pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) e ficou conhecido como caso *Piersack v. Belgium*. A Corte traçou uma diferença entre os aspectos subjetivo e objetivo da imparcialidade. O critério subjetivo leva em consideração a convicção pessoal e os interesses subjetivos do julgador. Objetivo é o critério que serve para identificar se o órgão julgador pode oferecer garantias para evitar que surjam dúvidas sobre a sua imparcialidade. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Piersack v. Belgium (Application no. 8692/79)**: Judgment of 1 October 1982. Strasbourg: European Court of Human Rights, 1982. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22%22PIERSACK%20v.%20BELGIUM%22%22\],%22itemid%22:\[%22001-57557%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22%22PIERSACK%20v.%20BELGIUM%22%22],%22itemid%22:[%22001-57557%22]}). Acesso em: 26 set. 2024.

A mesma situação ocorre para a motivação dos pronunciamentos judiciais, a qual passa por uma correta determinação dos fatos. Embora o sistema não seja perfeito, há mecanismos de controle tanto para um juiz que se atém fielmente os fatos, quanto para um juiz infiel, que busca, intencionalmente, agir de forma a favorecer interesses alheios ao processo judicial. Contudo, no processo judicial há seres humanos e surgem aspectos que não são estritamente jurídicos e que podem influenciar a tomada de decisão. Além disso, o próprio sistema, por técnica legislativa, é mesclado por regras e princípios, além de soluções que não podem ser completamente delimitadas.

Os acontecimentos da vida não são totalmente acompanhados pelo Direito. O processo legislativo demanda tempo e a sociedade atual convive diuturnamente com situações das mais variadas. Como o Direito não acompanha a evolução social, o sistema não consegue antever todas as situações possíveis. Quando assim o fez, na tentativa, por exemplo, de estabelecer um rol taxativo para determinadas hipóteses, logo se constatou que algumas situações não foram inicialmente pensadas. O que se quer dizer é que o sistema não é completo e lida com seres falíveis por sua própria natureza.

Em razão disso, o sistema probatório começa a lidar com situações em que as regras até então existentes não fornecem uma solução qualitativa para o caso concreto. Com isso, abre-se espaço para a discricionariedade e a possível existência de estados subjetivos, sem que isso represente a intenção de prejudicar alguém. Os estados subjetivos são apontados como possíveis aspectos inconscientes em um juiz que busca fielmente desempenhar suas funções.

Desse modo, a segunda parte do trabalho passa a analisar, no contexto probatório, as possíveis situações desses estados subjetivos. Esses estados podem ser disponibilizados pela própria legislação, como ocorre com a presunção e as regras de experiência, ou até mesmo pela análise de outras áreas do conhecimento. A partir da constatação dessas possibilidades, retomase o raciocínio probatório a partir da epistemologia e das possíveis interferências que não podem ser controladas pela teoria do conhecimento, tais como o inconsciente, as heurísticas, os vieses e a correlação entre a Neurociência e o Direito.

3 A PROVA

Conforme exposto nos capítulos anteriores, a atividade de conhecimento recai sobre os fatos. O estudo de uma narrativa processual requer uma melhor análise entre fato e Direito e fato e valor¹⁹². Quando se diz, por exemplo, que uma pessoa morreu, esse fato faz parte do plano da realidade. Para se averiguar se houve a prática de um homicídio, há uma série de metodologias e critérios de justificação que são utilizados para demonstrar que a situação não se trata somente de uma questão de opinião. O processo é o ambiente em que a atividade de conhecimento dos fatos será realizada¹⁹³.

3.1 Ônus da prova e sistemas de valoração

As provas recaem sobre os fatos e o objetivo de um processo judicial é determiná-los para decidir sobre as alegações das partes e fornecer a devida justificativa. A discussão sobre a prova se amplia quando se considera a influência das preferências pessoais sobre como os sujeitos gostariam que as coisas fossem. Isso significa que pode haver uma carga valorativa associada aos fatos. A situação pode se tornar ainda mais complexa no denominado “conceito ético denso”¹⁹⁴.

A ideia das narrativas processuais deve ser analisada no contexto de um modelo adversarial de processo e chega-se a dizer sobre a possibilidade de fragmentação e manipulação dos fatos, com o fim de obter a vitória na demanda. Contudo, deve ser observado que a estratégia a ser adotada na descrição dos fatos tem como parâmetro a boa-fé e a eticidade nas relações processuais. Há, em alguns ordenamentos jurídicos, um dever de candura, conforme prevê, por exemplo, o sistema inglês na *Rule 22.1* das *Civil Procedure Rules*, em que o conteúdo dos fatos seja atestado por uma declaração de veracidade¹⁹⁵.

¹⁹² TARUFFO, Michele. Narrativas processuais. **Julgar**, Coimbra, n. 13, p. 111-153, 2011. p. 119.

¹⁹³ Segundo Michele Taruffo, “Um enunciado de facto é aquele em que um evento é descrito como tendo acontecido ‘assim e assim’, no mundo real (que, obviamente, se pressupõe existente e não apenas imaginado ou sonhado). Na medida em que descreve algo que se diz ter acontecido na realidade, este enunciado é *apofântico*: tanto pode ser verdadeiro como falso”. TARUFFO, Michele. Narrativas processuais. **Julgar**, Coimbra, n. 13, p. 111-153, 2011. p. 120.

¹⁹⁴ Para Frederick Schauer, “O filósofo Philippa Foot deu-nos a ideia do ‘conceito ético denso’ (*thick ethical concept*), assim nomeado pelo filósofo Bernard Williams. Um conceito ético denso é uma descrição combinando os fatos e a valoração, como nós vemos em adjetivos como ‘rude’ e ‘generoso’, substantivos como ‘covarde’ e ‘herói’, em advérbios como ‘descuidadamente’ e ‘cuidadosamente’ e até em verbos como ‘apressar’ e ‘vadiar’”. SCHAUER, Frederick. **A prova**: usos da prova no direito, na política e em todo o resto. Salvador: Juspodivm, 2024. p.32.

¹⁹⁵ TARUFFO, Michele. Narrativas processuais. **Julgar**, Coimbra, n. 13, p. 111-153, 2011. p. 125. Embora o dever de candura não tenha expressa previsão no sistema jurídico brasileiro, o Superior Tribunal de Justiça aplicou o dever de candura perante a Corte no julgamento do AgInt nos EDcl no RMS 34477/DF, mas a situação tratava

Nesse contexto de narrativas processuais, o ato do juiz, ao analisar os fatos, deve ser assertivo, neutro, e destacar que a narrativa adotada é verdadeira do ponto de vista processual, com base nas provas produzidas e valoradas. Conforme exposto anteriormente, essa narrativa será redigida de forma fundamentada e serão tratadas as questões de Direito e as questões de fato, as quais devem fundar-se logicamente nas provas produzidas em juízo. Do ponto de vista epistemológico, a prova atua como instrumento específico para justificar uma hipótese, com a finalidade de conhecimento da realidade objetiva¹⁹⁶.

A prova judicial pode ser discutida a partir de duas perspectivas. A primeira delas é denominada de “problemas ético-normativos” e diz respeito à interpretação e aplicação de normas que tratam da prova judicial. A segunda perspectiva é denominada de “problemas epistêmicos” do direito probatório, o que implica análise de uma racionalidade do que ocorreu no mundo dos fatos. Os problemas podem estar relacionados à admissibilidade e à produção de provas, aos aspectos ligados ao ônus da prova, ou ainda à determinação do valor a ser atribuído durante a sua valoração¹⁹⁷.

A prova também pode ser discutida a partir da análise pela perspectiva das partes¹⁹⁸, do ponto de vista estratégico, ou mesmo em razão de um comportamento judicial. Outra discussão em torno da prova diz respeito à admissibilidade e produção de uma prova oral na perspectiva da Psicologia do Testemunho. Neste momento, realiza-se uma abordagem da prova segundo a legislação brasileira, para, em seguida, serem tratados os ônus da prova e os sistemas existentes para a sua valoração¹⁹⁹.

da invocação pela parte de uma precedente vinculante manifestamente inaplicável. Conforme se vê, a discussão no caso brasileiro diz respeito a questão jurídica, e não fática.

¹⁹⁶ SALGADO, Daniel de Resende. **A metaprova no processo penal**: seu perfil conceitual e funcional e o controle racional da fiabilidade da prova. Salvador: Juspodivm, 2023. p. 87.

¹⁹⁷ GUERRA, Marcelo Lima. **Prova judicial**: uma introdução. Fortaleza: Boulesis, 2016. p. 1-2.

¹⁹⁸ Mirjam Damaska, ao falar de uma possível estratégia das partes, assim dispõe: “*Where the parties play a large role in fact-finding, it becomes important to develop proper incentives to counteract, or minimize, their temptation to engage in truth-distorting behaviour. It is unrealistic to expect that their pursuit of self-interest will regularly result in desirable factual outcomes: litigants should not be equated with self-interested profit seekers in markets, who can be led by an invisible hand to produce overall benefits. As a result, practices such as the failure of a party to disclose information to her opponent, or her inclination to use cognitively inferior but tactically useful evidence, become objects of legitimate concern*”. DAMASKA, Mirjan. Epistemology and legal regulation of proof. **Law, Probability and Risk** 2, New York, v. 2, p. 117-130, 2003. p. 120.

¹⁹⁹ Rui Soares Pereira, ao falar da probática e da ciência do Direito, destaca que podem ser incluídas diversas problemáticas no estudo da prova, tais como a história da prova, a relação entre lógica e retórica na indagação dos fatos, os mecanismos racionais de apreciação da prova, dentre outros. PEREIRA, Rui Soares. **Prova, verdade e processo**. Coimbra: Almedina, 2023. p. 16.

O raciocínio probatório recai sobre um sistema de inferências. A inferência representa que há uma relação lógica entre duas proposições e pode ser dedutiva, como no seguinte raciocínio: os pássaros possuem espinha dorsal e o papagaio é um pássaro, logo o papagaio possui espinha dorsal²⁰⁰. A inferência também pode ser indutiva, quando a conclusão não necessariamente decorre das premissas. Exemplificativamente, se a maioria dos espanhóis fala espanhol e o cidadão detém a nacionalidade espanhola, provavelmente ele fala espanhol. As inferências indutivas serão analisadas nesta tese quando as presunções e as máximas de experiência forem abordadas.

O tema da prova atua em várias áreas do conhecimento. No Código de Processo Civil, o artigo 369 passou a trazer um conceito legal de prova e adotou a tríplice identidade apresentada pela doutrina²⁰¹. No âmbito jurídico, a prova é vista como atividade (ação de provar), meio (meios típicos e atípicos) e resultado ou finalístico (formação do convencimento do julgador)²⁰². Essa questão de o juiz ser o destinatário da prova é relativizado, de certa forma, com a previsão da produção antecipada de provas, prevista no artigo 381 do Código de Processo Civil, pois, nesse caso, por se tratar de uma ação probatória autônoma, o destinatário da prova é a própria parte que a requereu.

Costumeiramente, o estudo da prova é realizado de acordo com os seus aspectos gerais, o que é denominado de teoria geral da prova, e com as provas em espécie, como a prova documental, a prova pericial e a prova testemunhal. Na teoria geral das provas, são tratados a natureza jurídica do direito à prova, o objeto da prova, os princípios da aquisição ou comunhão da prova e o direito de não produzir prova contra si mesmo, as provas lícitas e ilícitas, a iniciativa probatória do juiz, a prova emprestada, o direito autônomo à produção da prova e o ônus da prova.

Ao definir a natureza jurídica do direito à prova, conforme exposto neste trabalho, entende-se que o direito à prova decorre do direito fundamental a um devido processo legal. O objeto da prova recai sobre fatos controversos e relevantes existentes em um processo. Os fatos incontrovertidos não necessitam ser provados, conforme prevê o artigo 374 do Código de

²⁰⁰ SCHAUER, Frederick. **A prova**: usos da prova no direito, na política e em todo o resto. Salvador: Juspodivm, 2024. p. 45.

²⁰¹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Teoría general de la prueba judicial**. 4. ed. Medellín: Dike, 1993. t. 1, p. 9.

²⁰² O convencimento judicial acerca dos fatos, por meio de uma reconstrução racional do direito probatório, pode ser analisado a partir de uma perspectiva de “crença”, no caso das investigações conduzidas pela filosofia, epistemologia e ciências cognitivas. GUERRA, Marcelo Lima. **Prova judicial**: uma introdução. Fortaleza: Boulesis Editora, 2016. p. 15. Essa perspectiva será desenvolvida adiante, durante discussão sobre o sistema de valoração da prova.

Processo Civil²⁰³. Da mesma forma, os fatos irrelevantes e impertinentes podem ser inadmitidos pelo juiz com base na discricionariedade prevista no artigo 370 do mesmo Código.

A prova, ao ser introduzida em um processo, adquire natureza comum, ou seja, independe de quem a tenha apresentado. A previsão contida na primeira parte do artigo 371 do Código de Processo Civil traz essa ideia de comunhão ou aquisição da prova. Outro princípio que retrata aspectos gerais da prova diz respeito à impossibilidade de se produzir prova contra si mesmo, cuja garantia está prevista no artigo 379 do Código de Processo Civil e que, no processo penal, tem uma relação direta com o direito a não autoincriminação, mencionado anteriormente nesse trabalho.

A prova como atividade é desenvolvida em fases dentro de um processo judicial. São identificados quatro momentos de avanço do contexto probatório em um processo. Inicialmente, há a fase de requerimento, a qual, na legislação processual civil, é concentrada na petição inicial e na resposta do réu. Após o requerimento quanto aos meios de prova pretendidos pelas partes, passa-se ao juízo de admissibilidade, no qual o juiz irá analisar a pertinência e a relevância das provas requeridas pelas partes. Caso o juízo de admissibilidade seja positivo, passa-se à fase de produção da prova para, ao final, o magistrado proceder à sua valoração²⁰⁴.

A admissibilidade da prova passa pela correta fixação do *thema probandum*. Trata-se de uma seleção dos fatos relevantes, cuja existência ou inexistência deve ser provada no curso do processo. É realizado um juízo de verossimilhança e de correlação entre os fatos alegados pelas partes e sua pertinência para extração da consequência jurídica que se almeja. Há uma delimitação do campo probatório, para que somente os fatos que apresentam verossimilhança com o que foi alegado detenha um possível êxito na sua produção²⁰⁵.

²⁰³ O artigo 374, I, do Código de Processo Civil, prevê que não dependem de prova os fatos notórios. Adroaldo Furtado Fabrício apresenta uma distinção entre fatos notórios e regras de experiência. Segundo o autor, ambos compõem o gênero dos conhecimentos privados do juiz, contudo o fato notório é “o conhecimento suficientemente difundido no círculo social a que pertence o juiz, ou acessível, independentemente de formação especializada, pelo menos aos membros desse mesmo grupo medianamente informados sobre a geografia, a cultura, os costumes, o dia-a-dia da comunidade considerada”. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Fatos notórios e máximas de experiência. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 100, n. 376, p. 3–10, nov./dez. 2004. p. 4.

²⁰⁴ Quanto ao momento da valoração da prova, Juarez Tavares e Rubens Casara argumentam: “Frise-se que, a rigor, a valoração da prova não é um momento do procedimento probatório, mas da elaboração da sentença (fase decisória, posterior à fase de instrução). TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 49.

²⁰⁵ Há alguns autores que estabelecem uma distinção entre *thema probandum* e objeto de prova. Segundo Eduardo Cambi, “Há, todavia, de ser feita uma pequena distinção entre *thema probandum* e objeto de prova, designando a primeira expressão o conjunto de fatos que são necessários para servir de fundamento da decisão, e a segunda, ao fato particular que determinada prova tende a demonstrar”. CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 296.

Sobre a produção da prova, a legislação optou por atribuir um ônus, um encargo, para estabelecer a quem compete a prova de determinado fato. Utiliza-se a ideia de se distribuir riscos em um processo judicial e de autorresponsabilidade das partes²⁰⁶. A parte que não se desincumbe do seu ônus probatório não pratica um ilícito processual, mas se sujeita às consequências advindas do descumprimento do encargo probatório. A parte age segundo os seus interesses e não há a prática de conduta ilícita²⁰⁷.

O ônus da prova, na perspectiva das partes, é chamado de ônus da prova subjetivo²⁰⁸. Trata-se de uma regra de distribuição de encargos. A distribuição do ônus da prova varia de acordo com a relação jurídica estabelecida entre as partes. No âmbito do processo penal, o Código de Processo Penal prevê, no artigo 156, que o ônus da prova cabe a quem a fizer. Há o ônus da afirmação e o ônus de provar. Se o Ministério Público oferece uma denúncia e imputa ao acusado a prática de um crime, cabe ao referido Órgão comprovar que os fatos descritos ocorreram e configuram uma conduta criminosa.

Em relação ao acusado no processo penal, há a especificidade do exercício da defesa técnica e da autodefesa. Também deve ser ponderado, conforme mencionado no capítulo 1, que incide em favor do réu uma presunção de inocência. O tema das presunções será abordado ainda neste capítulo. Nesse momento, é importante destacar que essa presunção gera uma regra de julgamento, caso, ao final da instrução processual, o juiz permaneça no estado da dúvida. Essa situação também é aplicada no processo civil quando se fala em ônus da prova objetivo.

Quando o réu alega a incidência de alguma causa excludente de antijuridicidade ou de culpabilidade, há certa discussão sobre o ônus da prova recair sobre quem alega, pois se trata de uma hipótese defensiva que traz um fato modificativo em relação à hipótese acusatória. Com

²⁰⁶ Conforme Carlos Furno, “*Y resulta que ‘principio dispositivo’, en su quintaesencia, significa ‘principio de responsabilidad’ (o de autoresponsabilidad) de las partes, en el sentido de que cada una de ellas ha de sufrir las consecuencias de lo que afirme o no afirme, de lo que niegue o admita, de lo que pruebe o no pruebe, de lo que diga o calle, en resumen: de su conducta procesal*”. FURNO, Carlos. **Teoría de la prueba legal**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1954. p. 71-72.

²⁰⁷ De acordo com Hernando Devís Echandía, “*En la carga, el sujeto se encuentra en absoluta libertad para escoger su conducta y ejecutar o no el acto que la norma completa, no obstante que su inobservancia puede acarrearle consecuencias desfavorables. De suerte que puede decidirse por soportar éstas, pues ninguna persona (ni el juez en las cargas procesales) puede exigirle su cumplimiento y, menos aún, obligarlo coercitivamente a ello, de lo cual se deduce que la inobservancia de la carga es perfectamente lícita, por estar autorizada en la ley*”. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Teoría general de la prueba judicial**. 4. ed. Medellín: Dike, 1993. t. 1, p. 416.

²⁰⁸ Para Daniel Mitidiero, há um valor epistêmico na distribuição do ônus da prova. A primeira ponderação feita diz respeito ao estímulo à produção da prova. A parte tem interesse e produzir provas segundo as suas alegações de fato. A segunda ponderação trata da distribuição judicial do ônus da prova, mediante inversão ou dinamização, também tem um valor epistêmico. MITIDIERO, Daniel. O ônus da prova e seus inimigos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 45, n. 306, p. 17-47, ago. 2020. p. 22.

base nesse argumento, caberia ao réu demonstrar a presença, por exemplo, de uma legítima defesa ou de um estado de necessidade. Contudo, há outro entendimento de que caberia ao acusado gerar uma dúvida razoável e ao Ministério Público demonstrar a inocorrência de qualquer causa excludente²⁰⁹.

No caso do processo penal, não há previsão expressa acerca da inversão do ônus da prova. Contudo, a jurisprudência aplicou durante um tempo esse critério de distribuição do ônus da prova no caso de receptação dolosa. Ao analisar o elemento anímico do crime, consistente na ciência da origem ilícita do bem, admitia-se que a coisa ilícita apreendida em poder de uma pessoa gera para ela a necessidade de comprovar a origem lícita da coisa. Entende-se que a situação não retrata propriamente uma inversão do ônus da prova, mas somente a incidência do critério estabelecido no artigo 156 do Código de Processo Penal²¹⁰.

Quando a relação jurídica é de consumo, o Código de Defesa do Consumidor prevê critério específico de distribuição do ônus da prova. É estabelecido como direito básico do consumidor a possibilidade de inversão do ônus da prova, a critério do juiz, quando estiverem preenchidos alguns requisitos legais. A proteção do consumidor é uma garantia constitucional prevista no artigo 5º, XXXII, da Constituição Federal, e a possibilidade de inversão do ônus da prova decorre da dificuldade de o consumidor produzir alguma prova em um caso concreto. É a chamada hipossuficiência probatória ou hipossuficiência processual. Essa mesma ideia fundamentou o critério da distribuição dinâmica do ônus da prova que está previsto expressamente no Código de Processo Civil.

²⁰⁹ Segundo Gustavo Badaró, “Ora, se o acusado tem apenas o ônus de gerar dúvida sobre a existência de um fato, isso significa que, para não prevalecer a posição que lhe é mais favorável, o Ministério Público terá de convencer o juiz da certeza de sua inocorrência. Assim, por exemplo, afirmar que, para ser absolvido, o acusado tem de gerar uma dúvida razoável sobre a existência da legítima defesa equivale a dizer que, para ele ser condenado, o Ministério Público teria o ônus de provar, além de qualquer dúvida, a inocorrência da legítima defesa”. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 235. Para Guilherme de Souza Nucci, a única hipótese que o ônus da prova recai sobre a defesa é na hipótese de invocar um álibi. NUCCI, Guilherme de Souza. **Prova no processo penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 46.

²¹⁰ Os julgamentos mais recentes do Superior Tribunal de Justiça não têm mais adotado o critério da inversão do ônus da prova. Exemplificativamente, o julgado no Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n. 778.291/RJ, em diz: “De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, ‘quando há apreensão do bem resultante de crime na posse do agente, é ônus do imputado comprovar a origem ilícita do produto ou que sua conduta ocorreu de forma culposa. Isto não implica inversão do ônus da prova, ofensa ao princípio da presunção de inocência ou negativa do direito ao silêncio, mas decorre da aplicação do art. 156 do Código de Processo Penal, segundo o qual a prova da alegação compete a quem a fizer”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 778291 - RJ (2022/0330262-6)**. Relatora: Min. Laurita Vaz, 16 out. 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=91&documento_sequencial=208877154®istro_numero=202203302626&peticao_numero=202300934862&publicacao_data=20231018&formato=PDF. Acesso em: 17 jun. 2024.

O Código de Defesa do Consumidor ainda estabelece dois critérios de distribuição do ônus da prova que são denominados de critérios legais e diferem do critério acima, pois aquela hipótese decorre de uma discricionariedade do juiz. O artigo 38 estabelece que o ônus da prova da veracidade e correção da informação publicitária recai sobre quem a patrocina. No caso, para que o juiz possa deduzir acerca dos fatos, incide somente em relação ao consumidor o ônus da afirmação de que a informação publicitária é inverídica ou incorreta, para que recaia sobre o fornecedor o ônus da comprovação da prova em sentido contrário.

Há outro critério de inversão legal do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor que é retratado nos artigos 12, §3º e 14, §3º. O contexto é de responsabilidade civil do fornecedor por fato do produto e fato do serviço. Trata-se de uma situação em que há violação da saúde e da segurança do consumidor. As situações que excluem a responsabilidade são aquelas que demonstram a inexistência de defeito, o fato exclusivo da vítima ou de terceiros, ou a ausência de colocação do produto no mercado de consumo.

A Lei Geral de Proteção de Dados, Lei nº 13.709/2018, que tem por finalidade proteger os direitos fundamentais de liberdade e privacidade, prevê no artigo 42, §2º, a possibilidade de o juiz, no processo civil, inverter o ônus da prova a favor do titular de dados, quando a alegação for verossímil ou houver hipossuficiência probatória por parte do titular dos dados. A situação é semelhante ao critério judicial de inversão do ônus prova previsto no Código de Defesa do Consumidor (artigo 6º, VIII).

A legislação processual civil estabelece dois critérios de distribuição do ônus da prova, além da possibilidade de se convencionar por meio de negócios jurídicos processuais, conforme previsão do artigo 373, §3º, do Código de Processo Civil. As limitações sobre esse negócio jurídico processual típico incidem sobre direitos indisponíveis das partes e a imposição, por meio de convenção, de uma prova excessivamente difícil para uma das partes. A ideia de uma autorregulamentação da vontade norteia a aplicação do Código de Processo Civil, que passou a prever, no artigo 190, a possibilidade de as partes estabelecerem negócios jurídicos processuais atípicos e reitera o contexto da convenção sobre ônus processuais.

O primeiro dos critérios é a regra do sistema e denomina-se critério estático. Ele tem essa denominação porque estabelece um padrão rígido para as situações processuais. Leva-se em conta a natureza do fato e a posição jurídica ocupada pela parte. Se o fato é constitutivo, o ônus da prova incumbe ao autor. Caso o fato assuma uma natureza modificativa, impeditiva ou extintiva do direito do autor, o ônus de provar passa a ser do réu (artigo 373 do Código de

Processo Civil). É uma regra de conduta que estabelece que a parte deve provar o fato que lhe beneficia, ou seja, traz uma ideia de autobenefício²¹¹.

Quanto à natureza dos fatos, o fato constitutivo está relacionado ao fato jurídico que fornece suporte à pretensão do autor. Se, por exemplo, o autor busca o recebimento de um crédito, o fato constitutivo do seu direito está na demonstração da titularidade desse crédito, ou seja, na demonstração do direito subjetivo. O fato impeditivo é aquele que impede o nascimento do direito ou a sua produção de efeitos. Caso se discuta um negócio jurídico, a parte pode não negar a existência do negócio, mas dizer que houve algum vício do consentimento, a macular a sua vontade. Da mesma forma, a exceção do contrato não cumprido é uma matéria de defesa que cria um obstáculo ao exercício do direito do autor decorrente desse negócio jurídico.

No caso de fatos modificativos, há alteração da amplitude ou da pertinência subjetiva dos efeitos almejados pelo autor²¹². Essa situação pode ser identificada nas hipóteses de transmissão das obrigações civis. Por meio de um negócio jurídico obrigacional, é possível que um credor ceda o seu crédito a um terceiro, ou um terceiro assuma uma dívida do devedor. Essas situações, caso atendam os requisitos legais, implicam modificação subjetiva na obrigação inicialmente constituída. Por último, os fatos extintivos são aqueles que rompem com o nexo entre o direito alegado e o seu titular e possibilitam a extinção da situação jurídica²¹³.

Em algumas situações específicas, o critério estático pode não ser o mais adequado²¹⁴. Na mesma linha de entendimento que foi adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, a existência de uma hipossuficiência probatória justifica a atuação do juiz para distribuir dinamicamente o ônus da prova, na forma prevista no artigo 373, §1º, do Código de Processo Civil. Esses critérios têm por finalidade atribuir um maior encargo probatório à parte que tem melhores condições de produzir a prova. Trata-se de assegurar o acesso à justiça em uma perspectiva substancial, bem como de igualdade processual, também nessa perspectiva substancial²¹⁵.

²¹¹ ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. Buenos Aires: EJE, 1956. p. 91.

²¹² LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 155.

²¹³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 163.

²¹⁴ Segundo Jeremy Bentham, “*La carga de la prueba debe ser impuesta, en cada caso concreto, a aquella de las partes que la puede aportar con menos inconvenientes, es decir, con menos dilaciones, vejámenes y gastos*”. BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las pruebas judiciales**. Buenos Aires: EJE, 1971. v. 2, p. 149.

²¹⁵ Jorge W. Peyrano apresenta duas conclusões: a primeira relacionada à efetiva colaboração das partes na formação do convencimento judicial, o chamado princípio da solidariedade; e a segunda conclusão, que retrata seu caráter excepcional, pois somente deve ser aplicada se as regras legais não se mostrarem suficientes para a resolução do caso. PEYRANO, Jorge W. *Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*. In: PEYRANO, Jorge W. (dir.). **Cargas probatorias dinámicas**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 20-21.

A ideia de dinamização do encargo probatório não caracteriza propriamente uma inversão do ônus da prova²¹⁶. Não se trata, por exemplo, de atribuir ao réu a prova de um fato constitutivo do direito do autor. A partir do momento em que há o pronunciamento do juiz que aplica a distribuição dinâmica do ônus da prova, cabe ao réu demonstrar a inexistência do fato constitutivo, ou ao menos evidenciar que não ocorreu da forma como foi narrado pela outra parte²¹⁷.

O momento processual adequado para a aplicação do critério da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo civil é a decisão de saneamento e organização do processo, conforme prevê o artigo 357, III, do Código de Processo Civil. A previsão legal encerrou uma discussão doutrinária sobre se o momento adequado seria a sentença, ou seja, uma regra de julgamento, ou se o magistrado deveria realizar o procedimento antes do encerramento da instrução processual, a caracterizar uma regra de instrução. A escolha legislativa foi garantir à parte que obteve uma decisão favorável a oportunidade de não ser surpreendida na sentença, a permitir-lhe exercer o contraditório e produzir provas antes do pronunciamento judicial final.

O Código de Processo Civil prevê a impossibilidade de aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova quando gere à contraparte situação que a desincumbência do encargo seja impossível ou excessivamente difícil (artigo 373, §2º, do Código de Processo Civil). A situação relatada no dispositivo tem por finalidade evitar a imposição de produção de uma prova diabólica, a qual, normalmente, está associada à prova de um fato negativo²¹⁸.

Contudo, deve ser destacado que não é qualquer fato negativo que enseja uma prova diabólica. Há uma distinção entre uma negativa relativa, ou seja, determinada no tempo e no espaço. É possível produzir prova em sentido contrário de que o réu, por exemplo, não estava em Brasília no dia 17 de maio de 2024, às 22h. A situação pode ser comprovada por meio de um fato positivo correspondente, a demonstrar que no mesmo dia e horário estava em local diverso. A negativa absoluta ou indefinida é que enseja uma prova impossível ou muito difícil de ser provada, pois não é possível comprovar, por exemplo, que nunca esteve no Rio de Janeiro.

²¹⁶ BESSA, Leonardo Roscoe; LEITE, Ricardo Rocha. A inversão do ônus da prova e a teoria da distribuição dinâmica: semelhanças e incompatibilidades. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 6, n. 3, p. 141-156, dez. 2016.

²¹⁷ MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. **Ônus da prova e sua dinamização**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 141-142.

²¹⁸ Sandro Bortoluzzi Madeira Lamêgo Rodrigues define a prova diabólica: “A *probatio diabolica* (prova diabólica ou *devil's proof*) designa a prova cuja produção se revela impossível, de maneira que nenhum elemento probatório é capaz de permitir a demonstração da veracidade das alegações”. RODRIGUES, Sandro Bortoluzzi Madeira Lamêgo. **Probatio levior e prova diabólica**. Londrina: Thoth, 2024. p. 53.

A questão que surge é em razão da impossibilidade de se distribuir dinamicamente o ônus da prova, quando a prova é diabólica bilateral. A legislação não fornece uma alternativa senão a aplicação da regra do critério estático da distribuição do ônus da prova. Porém, se for aplicado o critério estático, a demanda tenderá sempre à improcedência, em razão de o autor não ter condições de desincumbir do ônus da prova quanto aos fatos constitutivos do seu direito.

A situação acima descrita implica uma regra de julgamento, denominada pela doutrina de ônus da prova na sua perspectiva objetiva²¹⁹. Em razão de ser vedado o pronunciamento do *non liquet* e permanecendo o estado da dúvida pelo julgador, buscou-se atribuir uma racionalidade para que o julgamento não seja realizado por equidade²²⁰. Todavia, há uma certa insurgência quanto a esse critério, pois seria um mecanismo que o juiz chegaria somente ao final, ao proceder à valoração e identificar que não há provas suficientes²²¹.

Sobre a valoração da prova, com a finalidade de esclarecimento do raciocínio empregado pelo julgador, há uma distinção entre abordagens psicológicas, racionais e jurídicas²²². Inicialmente, a abordagem será restrita ao aspecto jurídico-normativo, na perspectiva do ordenamento jurídico e dos sistemas até então existentes. As abordagens racionalista e psicológica serão tratadas posteriormente. O estudo da valoração das provas no ordenamento jurídico remonta à existência de três principais sistemas: o da prova legal ou tarifada, o do livre convencimento puro e do livre convencimento motivado.

Segundo o sistema da tarifação das provas, há a atribuição apriorística de um valor para cada meio de prova, segundo critérios próprios. O sistema do livre convencimento puro confere ao julgador liberdade para apreciar e valorar a prova, sem a necessidade de motivação. O sistema vigente na legislação processual diz respeito à persuasão racional, que assegura ao juiz a liberdade para apreciar e valorar a prova, porém com a necessidade de expor as razões

²¹⁹ Para Vitor de Paula Ramos, essa hipótese não trata de um ônus, mas de um dever: “O chamado aspecto objetivo, dirigido ao juiz, não é um ônus, mas sim um *dever* de que esse julgue de acordo com a regra do juízo em aso de insuficiente corroboração das hipóteses de fato; é uma regra de desempate”. RAMOS, Vitor de Paula. Novos debates sobre o “ônus” da prova: acordos e desacordos entre a doutrina sobre o tema. In: OSNA, Gustavo; SARLET, Ingo Wolfgang; MATIDA, Janaína Roland; REICHEL, Luís Alberto; JOBIM, Marco Félix; RAMOS, Vitor de Paula (org.). **Direito probatório**. Londrina: Thoth, 2023. p. 331.

²²⁰ MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi. **Ônus da prova e sua dinamização**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 88-89.

²²¹ Conforme prevê Jordi Nieva Fenoll, “*La insuficiencia de prueba se puede descubrir solamente tras haber intentado valorar la prueba existente, aunque sea mínima. Y de ese modo se produce un decisivo desplazamiento del momento procesal en el que se tiene presente la carga de la prueba: no ya al principio del proceso como había sucedido antaño, sino directamente al final, en el momento del juicio, tras el fracaso de la valoración de la prueba*”. NIEVA FENOLL, Jordi; FERRER-BELTRÁN, Jordi; GIANNINI, Leandro J. **Contra la carga de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2019. p. 39.

²²² TARUFFO, Michele. **A prova**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2014. p. 130.

pelas quais formou o seu convencimento. A necessidade de motivação vai ao encontro da garantia constitucional de motivação das decisões judiciais, sob pena de nulidade.

O sistema do convencimento motivado decorre da garantia constitucional da independência funcional, prevista no artigo 95 da Constituição Federal. A independência garante o exercício adequado do seu mister, com a tomada de decisões sem influências externas e mesmo dentro do próprio Poder Judiciário. Por conseguinte, essa independência permite que as decisões proferidas sejam imparciais e que mantenham a equidistância das partes. A questão da imparcialidade foi tratada na análise do controle epistêmico de um juiz infiel.

O Código de Processo Civil estabelece, no artigo 371, que o juiz deve apreciar a prova dos autos e indicar na decisão as razões do seu convencimento. Trata-se do modelo prescritivo da valoração da prova no sistema jurídico brasileiro, o qual também é reproduzido no artigo 155 do Código de Processo Penal. O modelo descritivo tem a ver com os modelos epistemológicos dos parâmetros que o juiz deve levar em consideração para que a valoração seja racional. Ambos os modelos se influenciam, embora parcela da doutrina os trate de forma autônoma.

A redação vigente do Código de Processo Civil suprimiu a expressão “livremente” prevista no Código de Processo Civil revogado. Contudo, não houve alteração no sistema do convencimento motivado, pois a palavra “livremente” remete à contraposição ao sistema da tarifação da prova, o qual estabelecia valor prévio a determinado meio de prova. A própria Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015 ressaltou que “o princípio do livre convencimento motivado é garantia de julgamentos independentes e justos, e nesse sentido mereceu ser prestigiado pelo novo Código”.

Um possível resquício ao sistema do livre convencimento puro é apontado no julgamento realizado pelos jurados no Plenário do Tribunal do Júri. Em razão da íntima convicção, sustenta-se que não haveria uma motivação da decisão proferida nos casos que envolvem crimes dolosos contra a vida e a ele conexos. A conformação do Tribunal do Júri no Brasil é uma garantia constitucional prevista no artigo 5º, XXXVIII, da Constituição Federal, que assegura a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento de crimes dolosos contra a vida.

A mesma Constituição Federal, conforme mencionado anteriormente, assegura no artigo 93, IX, a obrigatoriedade da motivação das decisões. No entanto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso VRB, VPC e outros versus Nicarágua, envolvendo crime sexual,

analisou uma situação julgada pelo Tribunal do Júri da Nicarágua, cuja votação foi sigilosa e realizada por meio de quesitos. Diante do questionamento de violação de direitos humanos, a Corte entendeu que, embora se trate de uma forma peculiar de motivação, não haveria inconveniência se for possível identificar racionalmente o percurso até o veredicto²²³.

O modelo normativo não apresenta um maior detalhamento do convencimento motivado, pois não são estabelecidos critérios legais que predeterminam o valor de cada meio de prova. O limite é que o magistrado atue de forma racional²²⁴ e dentro de um certo racionalismo científico. A ideia de cognição foi discutida anteriormente nesta tese e passa pela análise dos fatos e das provas para a formação do convencimento²²⁵. A questão a ser debatida é que esse sistema, da forma como é exposto normativamente, permite um certo grau de subjetividade e a doutrina e a jurisprudência têm buscado a contenção de possíveis arbitrariedades.

Ainda que o convencimento do julgador seja livre, espera-se que o juiz fiel aos fatos seja racional. Para isso, o seu convencimento deve resultar dos elementos constantes dos autos e ser justificado, a permitir o controle das partes, além de se identificar o valor atribuído aos meios de prova existentes no processo. Assim como acontece com a motivação, o sistema do livre convencimento é mais conhecido na sua perspectiva negativa, a qual é representada pelos limites impostos à valoração da prova²²⁶.

Também é possível destacar um aspecto positivo do livre convencimento motivado, que está relacionado à subjetividade do julgador no momento da valoração da prova. Esse aspecto surge quando se fala em liberdade quanto à admissibilidade e relevância das provas, pois há um juízo discricionário conferido ao juiz. Além dessa situação, há a liberdade na

²²³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso V.R.P., V.P.C.* y otros vs. Nicaragua**. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. San José, Costa Rica, el 8 de marzo de 2018. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf. Acesso em: 24 out. 2024.

²²⁴ Rafael Stefanini Aulio, ao falar sobre a racionalidade judicial, dispõe que: “É *racional*, pois o magistrado leva em conta as circunstâncias que envolvem a credibilidade de cada prova produzida, devendo a análise ser feita por meio das forças do intelecto (raciocínio judicial) e não por meio de impulsos ou desejos pessoais. Trata-se de limitação destinada a conter eventuais atos voltados à paixão do órgão julgador”. AULIO, Rafael Stefanini. **A valoração judicial da prova no direito brasileiro**. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 39.

²²⁵ Segundo Rosa Vieira Neves, “O conhecimento do julgador, evidenciado na decisão, é fruto dos meios de prova – um dos sentidos em que a palavra prova pode ser entendida –, razão pela qual podemos afirmar que estes constituem as fontes de onde brota o convencimento daquele, na medida em que cristalizam a demonstração dos *facta probanda* inseridos em um concreto recorte factual submetido à apreciação jurisdicional”. NEVES, Rosa Vieira. **A livre apreciação da prova e a obrigação de fundamentação da convicção (na decisão final penal)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 150.

²²⁶ AULIO, Rafael Stefanini. **A valoração judicial da prova no direito brasileiro**. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 48.

valoração da prova, em razão da inexistência de uma hierarquia apriorística entre os meios probatórios²²⁷. Essa discricionariedade é encontrada nos artigos 370 e 371 do Código de Processo Civil.

O contexto da justificação dos fatos no sistema de valoração da prova atua como uma ferramenta de possível contenção de vieses ou desvios cognitivos, os quais serão detalhados no capítulo 4 que trata do comportamento judicial. O risco de vieses é inerente à natureza humana e, para mitigá-lo, uma medida desviesante é focar não no resultado, mas no ponto de partida, ou seja, no contexto da descoberta²²⁸.

Conforme exposto, esse modelo de valoração da prova encontra subjetivismo na perspectiva da análise da racionalidade. A epistemologia busca, de *lege ferenda*, instituir um controle epistêmico por meio da denominada teoria racionalista da prova, a justificar uma possível padronização a ser observada pelo juiz para a formação do seu convencimento. O juiz fiel aos fatos deve desenvolver uma motivação racional²²⁹. A análise da teoria, em razão do significativo avanço na literatura jurídica e na jurisprudência, será desenvolvida em item próprio da tese. Cabe destacar aqui que a teoria tem por finalidade conter subjetivismos decisórios²³⁰.

A legislação processual reduz a exigência de prova em certos casos. Essa situação pode ser identificada quando são analisadas as presunções e as máximas de experiência. Em algumas situações, a legislação opta por reduzir a atividade interpretativa do juiz, como ocorre nas presunções legais. Nessas hipóteses, o raciocínio a ser percorrido pelo magistrado é pré-estabelecido pela lei, seja em uma presunção legal absoluta ou relativa. Por outro lado, em

²²⁷ AULIO, Rafael Stefanini. **A valoração judicial da prova no direito brasileiro**. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 47-49.

²²⁸ Segundo Fernando Damasceno, “A disciplina da valoração deve, então, remeter o julgador a uma abordagem descontaminada de uma ambição de descoberta – ou seja, de ‘enxergar’ a realidade de que ficou no passado –, para que siga no sentido contrário ao do pensamento normal do ser humano, freando a automática aceitação (ou rejeição) da mesma, aferindo a segurança que o suporte empírico confere à hipótese em disputa, assumindo, ainda, os diversos pontos de vista e respectivos cenários trazidos pelas partes”. DAMASCENO, Fernando. **Direito probatório (stricto sensu): da valoração da prova**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023. p. 104.

²²⁹ Gustavo Henrique Badaró dispõe o seguinte: “Que a decisão deve ser racional, isto é, fundada em um juízo da razão, é um princípio fundamental ético-jurídico do processo penal moderno”. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Epistemologia judiciária e prova penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p. 202.

²³⁰ Denis Sampaio, ao tratar do alegado problema do livre convencimento motivado, destaca o seguinte: “Esses parâmetros subjetivos, descritos pela confiança epistêmica da racionalidade humana, acompanharão todo o estudo sobre a prova e, ainda que se intente minimizá-los, não há como afastá-los, na medida em que são dados que o direito e, em especial, o processo penal, deverá saber lidar. O grave problema está justamente na permanente vocação da jurisprudência e da doutrina de ampliar a liberdade de atuação judiciária, estabelecendo critérios de interpretação normativa para afastar limites objetivos, criando, nas palavras de De Luca, uma versão irracionalista do livre convencimento. Essa linha rende, portanto, um sistema probatório cada vez mais atípico e de tendência à subjetividade decisória”. SAMPAIO, Denis. **Valoração da prova penal: o problema do livre convencimento e a necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório**. Florianópolis: Emais, 2022. p. 46.

relação às máximas de experiência, que são presunções judiciais, é conferido ao juiz a possibilidade de decidir com base naquilo que ordinariamente acontece. Portanto, passa-se à análise desses institutos que possuem relação direta com a prova e o raciocínio judicial para a obtenção do seu convencimento, além de se conferir um estado subjetivo.

3.2 Presunções e máximas de experiência

Ao se analisar o instituto do ônus da prova, verifica-se que há dois critérios legais de distribuição do ônus da prova no sistema processual civil brasileiro: o critério estático e o critério dinâmico. Contudo, em razão da complexidade cada vez maior dos litígios, identifica-se que nem sempre esses critérios são suficientes para os casos postos à apreciação do Poder Judiciário. Em outros sistemas jurídicos, são adotados alguns critérios que reduzem a exigência de prova e são utilizados alguns institutos, tais como os indícios, as presunções e as máximas de experiência.

A situação decorre da busca de um critério que melhor se ajuste às especificidades do caso. Essa adequação é identificada na teoria da distribuição dinâmica, a qual busca atribuir maior encargo probatório à parte que está em melhores condições de produzir a prova. Contudo, em situações específicas, o encargo probatório pode ser difícil para ambas as partes e não é possível a aplicação do critério da distribuição dinâmica. Há expressa vedação no §2º do artigo 373 do Código de Processo Civil.

Caso não seja possível aplicar o critério dinâmico da distribuição do ônus da prova, resta a aplicação do critério estático. Entretanto, essa situação vai implicar, invariavelmente, na utilização da distribuição do ônus da prova como regra de julgamento, ou seja, o autor, em razão da impossibilidade de produzir a prova do fato constitutivo, não terá a sua pretensão acolhida. Em algumas hipóteses esse contexto pode ser prejudicial ao autor, pois tanto ele quanto o réu têm dificuldades de produzir a prova de algum fato e o autor será prejudicado.

Em algumas relações jurídicas, notadamente nas relações desiguais, em que há um dos sujeitos em situação de vulnerabilidade, o sistema processual não se atenta para essa hipótese. A redução de exigências probatórias é uma forma de se compensar um tratamento que não é dispensado de forma objetiva pela legislação processual²³¹. A doutrina e a jurisprudência pátrias

²³¹ Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, ao tratarem da redução de exigências de prova e da sua finalidade, apontam que, em razão do direito material, as dificuldades de prova não devem ser suportadas pela vítima. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convencimento**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 106.

tratam da redução do módulo de prova²³² em diferentes relações jurídicas, dentre elas na relação jurídica de consumo.

Por tratar de institutos que reduzem o módulo de prova, é possível identificar que o ordenamento jurídico brasileiro traz alguns desses institutos na própria legislação. Dentre esses institutos, é importante, aqui, analisar os indícios, as presunções e as máximas de experiência, pois retratam que a probabilidade é um critério que pode ser utilizado para inferência da atividade probatória pelo juiz. Como mencionado, o ordenamento jurídico precisa incorporar aspectos que permitam maior discricionariedade e flexibilidade interpretativa na aplicação aos casos concretos, a fim de não se tornar rapidamente desatualizado em relação aos acontecimentos da sociedade.

O indício²³³ é enquadrado na legislação processual penal como um meio de prova. Segundo o artigo 239 do Código de Processo Penal, “Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. É um meio de prova que não representa o fato a provar, porém há um vínculo causal ou teleológico que inclui o fato a provar, ou posiciona-se de forma lateral em relação a este²³⁴. As provas indiciárias são estabelecidas por meio de um raciocínio presuntivo²³⁵.

Em razão da necessidade de um raciocínio, a subjetividade na interpretação dos indícios pode existir. A inferência é o gênero do qual são espécies a indução e a dedução. Discute-se se o raciocínio a ser empregado no indício é uma operação lógica de indução ou de

²³² Vicente Higinio Neto assim descreve a redução do módulo de prova: “Logo, conclui-se que a redução do módulo de prova defende que a solidez de cada prova e o ônus de provar os fatos são cambiantes e dependem das condições de aporte dessas provas nos autos, levando-se em conta a real capacidade de prova de cada parte, em especial da vítima de acidentes e de erros médicos, do trabalhador, do consumidor, do hipossuficiente e de todas as partes que já recebem uma especial proteção legal, não se exigindo delas um encargo probatório que dificulte a defesa de seus direitos em juízo de forma fácil e eficaz”. HIGINIO NETO, Vicente. **Ônus da prova: teorias da redução do módulo de prova e das provas dinâmicas compartilhadas**. Curitiba: Juruá, 2020. p. 109.

²³³ O conceito jurídico de indício, segundo Maria Thereza Rocha de Assis Moura, é “todo rastro, vestígio, sinal e, em geral, todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de operação de raciocínio”. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 36.

²³⁴ Alberto Augusto Vicente Ruço, ao tratar sobre os indícios, afirma: “Aquilo que faz de um indício um indício, ou seja, uma prova, consiste, por conseguinte, em o *facto-indício* estar numa certa relação com o *facto* a provar, relação essa que tem caráter nômico, de constância e, por isso, torna possível a inferência a partir do *facto-indício* para o *facto probandum*. Falar da inferência é falar de raciocínio: a prova indiciária consiste, por isso, num modo específico de raciocinar que estabelece relações entre *factos*. RUÇO, Alberto Augusto Vicente. **Prova e formação da convicção do juiz**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 223-224.

²³⁵ Conforme será tratado posteriormente, há uma distinção entre presunções legais e presunções judiciais. Em relação aos indícios, o processo mental (raciocínio + consequência) é conferido ao juiz. De forma diversa, as presunções legais limitam a operação mental do juiz, pois a consequência é estabelecida na lei.

dedução²³⁶. A conclusão indutiva é logicamente provável e não detém uma necessidade formal absoluta. A indução tem como característica partir de uma situação particular para se chegar a uma situação geral²³⁷, com base naquilo que ordinariamente acontece, ou seja, com base nas regras de experiência.

O raciocínio dedutivo parte de premissas gerais para chegar a uma conclusão específica. No contexto jurídico, consiste em aplicar uma regra geral a um caso específico para chegar a uma conclusão lógica. Pode se imaginar a seguinte situação: todas as pessoas que cometem fraudes devem ser punidas (situação geral); João cometeu uma fraude (situação específica), logo João deve ser punido (conclusão). O uso de indícios para provar um fato se baseia predominantemente no raciocínio indutivo, pois a partir de situações específicas chega-se a uma conclusão provável sobre o caso²³⁸.

No caso do flagrante presumido, hipótese autorizadora de prisão em flagrante na legislação processual penal, por meio uma situação específica (a pessoa ser encontrada com o instrumento do crime), é possível inferir como provável que ela seja a autora do crime e possa ser presa em flagrante²³⁹. Os indícios geram uma probabilidade devido à dificuldade de comprovação direta do fato a ser provado, a permitir que se chegue a uma conclusão por meio de fatos periféricos que convergem para a inferência de que o fato possivelmente ocorreu²⁴⁰.

²³⁶ Para Maria Thereza Rocha de Assis Moura, o indício não resulta unicamente de uma indução nem de pura dedução. Segundo a autora, “Para que o fato particular, conhecido, conduza ao fato desconhecido, faz-se necessário, por primeiro, um trabalho de indução, para ligá-lo a uma regra geral, fundada na observação do que ordinariamente acontece em fatos análogos, que é a determinação do caráter comum. Da regra de experiência, por dedução, se desce à aplicação ao caso concreto, para inferir-se o fato desconhecido ou indicado”. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 39.

²³⁷ O Código de Processo Penal, ao tratar do flagrante presumido, autoriza a prisão em flagrante de uma pessoa que é encontrada, logo após a prática do crime, com instrumentos, armas, objetos ou papéis relacionados à situação delituosa (artigo 302, inciso IV). Essa é uma hipótese de raciocínio indutivo que permite inferir que há indícios suficientes de autoria a autorizar a prisão em flagrante delito.

²³⁸ Nicola Framarino Dei Malatesta, ao falar sobre a probabilidade do indício, apresenta a seguinte consideração: “O fato externo que serve de coisa indicante, se se apresenta como potência causativa, só pode provar seu efeito de um modo mais ou menos provável, nunca de modo certo, pois no campo das coisas contingentes, causa (no sentido de simples potências causais) que devam *necessariamente* produzir um dado efeito, não existem”. MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Campinas: Servanda, 2013. p. 238.

²³⁹ Janaina Matida alerta para a discricionariedade judicial. Segundo a autora, “A hipótese de flagrante presumido (ou ficto) contemplada pela sistemática processual penal brasileira serve de exemplo da discricionariedade do julgador na interpretação dos fatos provados como fortes o bastante para justificar a inferência de que se há realizado um crime”. MATIDA, Janaina. **Em defesa de um conceito jurídico de presunção**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023. p. 46-47.

²⁴⁰ Há uma distinção feita pela doutrina na análise do objeto de prova entre fatos principais e fatos secundários. Os fatos principais são aqueles juridicamente relevantes para a solução da causa; os fatos secundários são aqueles logicamente relevantes, ou seja, que possuem uma relação de logicidade com o fato principal. Os indícios seriam fatos secundários que contribuem para a elucidação dos fatos principais. Conforme o entendimento de Renato Vaqueli Fazanaro, “Em última análise, vê-se que tanto aqueles fatos percebidos indiretamente pelas pessoas em geral no seu cotidiano, como os fatos secundários no processo consubstanciam uma só coisa: os

O fato indiciário/secundário leva à formação de uma prova indiciária. Como citado, a legislação processual penal enquadra o indício como um meio de prova típico. Porém, a prova indiciária pode decorrer tanto de um meio de prova típico como de um meio de prova atípico. O Código de Processo Civil, ao trazer um conceito legal de prova no artigo 369, faz menção aos meios de prova típicos e atípicos, desde que moralmente legítimos.

A estrutura da prova indiciária é formada por um fato base, o qual deve ser certo, conhecido e provado²⁴¹. Há, inicialmente, uma objetividade na demonstração do fato indiciário. Em seguida, provado o fato indiciário, o fato consequência pode ser presumido por meio de uma inferência lógica. Por exemplo, ao analisar um meio de prova testemunhal, meio de prova típico, o juiz pode se valer de indícios para formação do seu convencimento²⁴².

Conforme mencionado, a legislação processual penal prevê expressamente o indício²⁴³ como meio de prova e não há hierarquia entre as provas de acordo com o sistema do convencimento motivado²⁴⁴. É possível constatar que o ordenamento jurídico confere força probante ao indício. No julgamento da Ação Penal nº 470, que ficou conhecida como o caso “Mensalão”, alguns votos trataram da questão da prova indiciária e apontaram que não há diferença entre as provas diretas e as provas indiciárias.

No voto do Ministro Cezar Peluso, consta a seguinte afirmação: “porque, no sistema processual, e não apenas no sistema processual penal, a eficácia retórica dos indícios ou da prova indiciária é a mesma da eficácia das provas diretas ou histórico-representativas”. No

indícios (também chamados de *circunstâncias*), de modo que, quando utilizado para provar outro fato, pode-se falar em *prova indiciária*. FAZANARO, Renato Vaquelli. **Os indícios e a prova indiciária no direito processual**: um estudo necessário. Salvador: Juspodivm, 2022. p. 226-227.

²⁴¹ Segundo Moacyr Amaral Santos, “Nesse caso, tendo por ponto de partida um fato (fato auxiliar, *factum probatum*), caminha o juiz, por via do *raciocínio*, ao fato por provar (fato principal, *factum probandum*), por forma de convencer-se da existência ou inexistência deste. O fato auxiliar, provado, constituirá premissa de um silogismo, cuja conclusão dará a certeza do fato principal”. SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. São Paulo: Max Limonad, 1949. v. 5, p. 346-347.

²⁴² Conforme destaca Renato Vasquelli Fazanaro, “Imagine-se o exemplo do depoimento de uma testemunha em audiência (meio de prova ‘típico’) que narra ter visto o réu de uma ação de investigação de paternidade se encontrar diversas vezes com a genitora do autor, em clima romântico, em um restaurante de comida francesa no período noturno antes do nascimento deste. Trata-se de uma prova indiciária, porquanto contém um fato indiciário – os diversos encontros românticos, dos quais se pode presumir um relacionamento amoroso entre eles e a provável paternidade (*fato principal*) –, trazido aos autos por intermédio de um meio de prova previsto expressamente na legislação (prova ‘típica’). FAZANARO, Renato Vaquelli. **Os indícios e a prova indiciária no direito processual**: um estudo necessário. Salvador: Juspodivm, 2022. p. 237-238.

²⁴³ Há também expressa previsão na chamada Lei dos Alimentos Gravídicos (Lei nº. 11.804/2008) no artigo 6º: “Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré”.

²⁴⁴ Segundo Maria Tereza Rocha de Assis Moura, “Modernamente, o pensamento predominante é no sentido de que, sob o aspecto processual, os indícios possuem força probante igual à de qualquer outra prova, em face da regra do livre convencimento, uma vez que preenchidos os requisitos de existência, validade e eficácia”. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 87.

mesmo sentido, consta no voto da Ministra Rosa Weber acerca do referido julgamento: “Não há justificativa de ordem lógica ou racional a amparar a pretensão de se impingir, à prova indiciária, a pecha de subprova ou prova menor”²⁴⁵. Neste ponto do trabalho, não se discutirá a valoração da prova referente ao indício²⁴⁶, mas, sim, o seu enquadramento jurídico no contexto da prova e sua correlação com a presunção.

Há um debate acadêmico acerca de o fato de presunção e indícios serem sinônimos. Perfilha-se o entendimento de que o indício é a operação mental a ser trilhada pelo juiz para se chegar a uma presunção. Busca-se, neste momento, demonstrar a correlação entre o indício e a presunção, bem como a possibilidade de utilização dessas regras jurídicas na operação mental feita pelo juiz para se chegar a uma determinada conclusão no contexto probatório.

O indício e a presunção são classificados como provas indiretas, ou seja, a suficiência probatória acerca de um determinado fato é obtida de forma indireta. Embora ainda se encontre uma postura hipovalorativa em relação às provas indiretas²⁴⁷, não há uma diferença ontológica entre elas e as provas diretas. A distinção diz respeito ao grau de inferência, pois nas provas indiretas os passos inferenciais são mais complexos: há um raciocínio na atendibilidade do fato base e, posteriormente, um outro raciocínio ao estabelecer um nexo de causalidade entre o fato base e o fato presumido²⁴⁸.

A presunção, assim como o indício, tem previsão no ordenamento jurídico brasileiro. Por exemplo, o Código Civil, ao tratar da prova dos fatos jurídicos, prevê expressamente acerca da possibilidade de se provar um fato jurídico que não exija forma especial por meio da presunção (artigo 212, IV). O mesmo Código, ao tratar da prova do pagamento de uma obrigação, admite hipóteses de presunção de pagamento nos artigos 322 a 325. Na legislação processual civil, os fatos em cujo favor militar presunção legal de existência ou de veracidade independem de prova (artigo 374, IV, do Código de Processo Civil).

²⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal nº 470**. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 13 fev. 2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11541>. Acesso em: 12 out. 2024.

²⁴⁶ Malatesta fala na existência de contraindícios e da necessidade de o juiz, na avaliação do indício, levar em conta essas provas infirmantes: “O contra-indício não é somente um indício que se opõe a outra, mas uma prova qualquer que se oponha a um indício: o contra-indício, como dissemos, é, em suma, a prova infirmante do indício”. MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Campinas: Servanda, 2013. p. 252.

²⁴⁷ Guilherme de Souza Nucci, ao tratar da prova indiciária, assevera que “Não se deve desprezar a prova indiciária, tão somente pelo fato de se tratar de prova indireta. Por vezes, é mais segura que qualquer prova direta. Não nos esqueçamos que a prova testemunhal é prova direta, mas inúmeras testemunhas são capazes de mentir e distorcer, portanto, a verdade dos fatos. Os indícios podem apresentar caráter mais confiável, conforme o caso concreto. NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 307.

²⁴⁸ SOUSA, Luís Felipe Pires de. **Prova por presunção no direito civil**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 24.

Segundo a epistemologia, a presunção é uma alternativa razoável para situações em que há uma falta de informação ou quando não há uma refutação. Segundo o falsificacionismo de Karl Popper, mencionado anteriormente no trabalho, a ciência requer experiência, ou seja, a hipótese deve ser sucessivamente testada ou falseada, em busca do seu aperfeiçoamento. Essa ideia traz consigo a ligação com a presunção e a sua provisoriedade, pois não se trata de uma certeza irrefutável, mas de conjecturas ou suposições. Contudo, deve ser ponderado que na esfera jurídica a refutação das hipóteses tem limites, dentre eles a coisa julgada, conforme exposto²⁴⁹.

Há o entendimento de que a presunção não é propriamente um meio de prova, mas, sim, o conhecimento formado pelo juiz a partir de uma operação mental inferencial²⁵⁰. Nessa perspectiva, diferente de uma prova testemunhal ou documental, a presunção não se enquadraria como o instrumento utilizado pelo juiz para formação da sua convicção. Como indicado anteriormente, o ordenamento jurídico nacional trata da presunção e a admite no contexto da dogmática jurídica. Assim, ela será tratada na tese como meio de prova.

As presunções são tradicionalmente classificadas em presunções legais e presunções judiciais e, quanto à sua força probante, são classificadas em relativas e absolutas. Segundo o entendimento predominante, as presunções relativas são aquelas que admitem a produção de uma prova em sentido contrário; as presunções absolutas são aquelas que, caso estejam presentes, não admitem a produção de prova em sentido contrário²⁵¹.

²⁴⁹ PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. **Negócios jurídicos processuais sobre presunções**. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 50-51.

²⁵⁰ Segundo José Carlos Barbosa Moreira, “Parece bastante claro que tal presunção não constitui, a rigor, *meio de prova*, ao menos no sentido que se dá a semelhante locução quando se afirma que é meio de prova, *v.g.*, um documento ou o depoimento *de* uma testemunha. O processo mental que, a partir da afirmação do fato *x*, permite ao juiz concluir pela afirmação também do fato *y*, não se afigura assimilável à atividade de instrução, em que se visa *a colher* elementos para a formação do convencimento judicial. Quando o juiz passa da premissa à conclusão, através do raciocínio ‘se ocorreu *x*, deve ter ocorrido *y*’, nada de novo surge no plano material, concreto, sensível: a novidade emerge exclusivamente em nível intelectual, *in mente iudicis*. Seria de todo impróprio dizer que, nesse momento, se adquire *mais uma prova*: o que se adquire é um novo *conhecimento*, coisa bem diferente. A atividade probatória realizou-se *antes*, e terá produzido frutos na medida em que permitiu estabelecer-se a ocorrência do fato *x*”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. As presunções e a prova. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 57.

²⁵¹ Barbosa Moreira destaca que, nas presunções legais absolutas, o critério não é a inadmissibilidade da produção da prova em sentido contrário, mas a sua irrelevância. Segundo o autor, “com efeito, quando se diz que, na presunção absoluta, é *inadmissível* a ‘prova em contrário’, o que no fundo se quer afirmar é que *nada adiantaria* ministrar tal prova, pois, a despeito dela, o órgão judicial continuaria adstrito a pôr, como fundamento fáctico de sua decisão, aquilo que a lei presume. Nessa perspectiva, olhado mais de perto o fenômeno, a *inadmissibilidade* da ‘prova em contrário’ aparece como simples corolário de sua *irrelevância*, explicando-se pela razão óbvia de que no processo não se deve tolerar atividade *inútil*”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. As presunções e a prova. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 55.

Há o entendimento atual de que, além das presunções legais e judiciais, há as presunções convencionais. Essa interpretação decorre da cláusula geral de convencionalidade estabelecida pelo artigo 190 do Código de Processo Civil, que prevê a possibilidade de se instituir negócios jurídicos processuais atípicos com base em uma ideia de autorregramento da vontade das partes. As presunções, segundo esse entendimento, detêm uma natureza jurídica de faculdade processual, a se enquadrar em uma das hipóteses do referido artigo²⁵².

As presunções legais relativas são mais corriqueiras na legislação, tanto na parte de direito material quanto na parte de direito processual. O Código Civil prevê de forma expressa a incidência da presunção legal relativa no artigo 311, quando dispõe que “considera-se autorizado a receber o pagamento o portador da quitação, salvo se as circunstâncias contrariarem a presunção daí resultante”. No mesmo sentido, há a presunção relativa que incide no pagamento em quotas periódicas. Se houver o adimplemento da última, até prova em contrário, presume-se o pagamento das quotas anteriores (artigo 322).

Mesmo para acontecimentos naturais, como a morte, o Código Civil estabelece a morte presumida, que difere da morte dotada de materialidade com a apresentação do cadáver (morte real). O artigo 7º trata da morte presumida sem a necessidade de se passar por um procedimento de ausência²⁵³. O ausente é aquele que desaparece do seu domicílio sem dele haver notícia, se não houver deixado representante ou procurador a quem caiba administrar-lhes os bens (artigo 22). Ambas são hipóteses em que há uma presunção de morte, porém com relação a este último (ausente), há necessidade de se passar por um procedimento específico²⁵⁴.

O Código Civil traz também uma presunção em relação à morte simultânea, denominada de comoriência. O artigo 8º estabelece que se dois indivíduos falecerem na mesma ocasião, sem que se possa precisar quem morreu primeiro, há uma presunção de simultaneidade nas mortes. A presunção legal tem a sua importância, pois caso se constate que uma pessoa

²⁵² Lara Dourado Mapuranga Pereira traz algumas hipóteses possíveis e outras não possíveis de convenções processuais sobre presunções: “Quanto aos possíveis negócios processuais sobre presunções, mencionou-se a presunção de veracidade da jornada de trabalho fixada no contrato; presunções que dependem de medições para que seja aferido seu adimplemento; presunção de que o locatário recebeu o imóvel na condição descrita no instrumento contratual; presunções aplicáveis diante da falha no dever de guarda e exibição de documentos. Foi constatada, também, a impossibilidade de certas convenções, como a exclusão de fato presente na narrativa processual da apreciação judicial, a fim de impossibilitar presunções *hominis*; e a determinação convencional de que o juiz não poderá fundamentar sua decisão com base em presunções”. PEREIRA, Lara Dourado Mapuranga. **Negócios jurídicos processuais sobre presunções**. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 168-169.

²⁵³ As hipóteses legais são decorrentes de situações em que se está em perigo de vida, como a situação de uma pessoa que estava em campanha ou feito prisioneiro e não é encontrada dois anos após o término da guerra.

²⁵⁴ A Lei nº 9.140/1995 reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988 e que, por este motivo, tenham sido detidas por agentes públicos, achando-se, desde então, desaparecidas, sem que delas haja notícias (artigo 1º). Há também, nesse caso, uma presunção de morte.

faleceu primeiro que a outra, essa situação pode implicar uma alteração na ordem de vocação hereditária.

Na legislação processual civil, se não houver a contestação do réu, há a revelia e, em regra, a incidência do seu efeito material, caracterizado pela presunção de veracidade das alegações de fato formuladas pelo autor (artigo 344 do Código de Processo Civil). No entanto, caso o juiz entenda, no caso concreto, pela não aplicação desse efeito da revelia, determinará a especificação de provas pelo autor (artigo 351), ou seja, o magistrado na hipótese não aplicará a presunção relativa gerada pela ausência de contestação.

Há uma hipótese de presunção legal absoluta na legislação processual civil. O contexto de aplicação é no processo de execução fundado em título executivo extrajudicial. Ao tratar do arresto e da penhora, medidas constritivas destinadas à satisfação do crédito, na busca da responsabilidade patrimonial do devedor inadimplente, estabelece-se que, se levados a registro, há uma presunção absoluta de conhecimento por terceiros (artigo 844).

A jurisprudência confere uma interpretação de presunção absoluta para a hipótese do crime envolvendo estupro de vulnerável previsto no artigo 217-A do Código Penal. Embora não seja um critério legal, o Superior Tribunal de Justiça²⁵⁵ buscou, de forma antecipada, eliminar a possibilidade de raciocínios inferenciais do magistrado. No caso da presunção absoluta, não há a possibilidade de o juiz exercer raciocínio sobre os fatos, a obrigar que todos os fatos individuais tenham idênticos efeitos.

Essas classificações das presunções são realizadas segundo os processualistas. Há também uma construção de algumas presunções que são apontadas como “falsas presunções”²⁵⁶, tais como a presunção de inocência ou de não culpabilidade no direito penal e processual penal e a presunção de boa-fé nas relações negociais privadas. Não há, nessas hipóteses, um fato primário e um fato a ser presumido por uma inferência lógica. O que ocorre é uma correlação com o ônus da prova, ou seja, ao se presumir a boa-fé em um contrato caberia à outra parte demonstrar a má-fé contratual. Embora presunção e ônus da prova tenham uma estreita relação, são institutos diversos.

²⁵⁵ Nesse sentido é a Súmula nº 593 do Superior Tribunal de Justiça: “O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente”.

²⁵⁶ Segundo Janaina Matida, “Foi necessário, pois, reconhecer-se que não há uma relação entre ser possuidor e ter boa-fé, senão que a deliberada vontade do legislador foi a de impor àquele que quer afirmar a má-fé de alguém o peso de ter de prová-la”. MATIDA, Janaina. **Em defesa de um conceito jurídico de presunção**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023. p. 56.

Ao se falar da presunção e do ônus da prova, a parte que é beneficiada pela presunção tem uma facilitação na atividade probatória, pois deve recair sobre um fato cuja prova é mais fácil de ser produzida do que se não existisse a presunção. No caso das presunções legais, a dificuldade de produção da prova sobre determinado fato é identificada pela própria lei. A contraparte fica investida de um encargo probatório contrário do fato presumido²⁵⁷.

Outra correlação com a presunção pode ocorrer com as ficções jurídicas²⁵⁸. Em determinadas situações, as ficções são estabelecidas pela lei com a intenção de dar o mesmo tratamento a proposições fáticas diversas. Um exemplo encontrado na legislação processual diz respeito às citações fictas. A citação real, aquela em que o réu é pessoalmente convocado para integrar a relação processual, é o modelo ideal. Contudo, para hipóteses em que a citação pessoal não é possível, tanto o Código de Processo Civil quanto o Código de Processo Penal preveem a citação por hora certa e a citação por edital. Essas modalidades buscam comunicar o réu acerca da existência de um processo, porém de uma forma que não é pessoal.

Acerca da citação no processo, uma outra ficção estabelecida no Código de Processo Civil é o reconhecimento da validade da citação em duas situações previstas no artigo 248, §2º e §4º: a primeira delas diz respeito à pessoa jurídica e a entrega do mandado a funcionário responsável pelo recebimento de correspondência; a segunda trata da pessoa natural que reside em condomínio edilício e a entrega do mandado de citação é feita a um funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência.

Outra situação se refere à teoria da aparência, a qual pode ser identificada no direito civil na representação aparente no mandato, no credor aparente, na propriedade aparente, no casamento aparente e no herdeiro aparente. A putatividade da exteriorização de uma situação fática em que houve um erro escusável, vinculado à boa-fé, autoriza a atribuição de validade e

²⁵⁷ SOUSA, Luís Felipe Pires de. **Prova por presunção no direito civil**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 112-113.

²⁵⁸ MATIDA, Janaina. **Em defesa de um conceito jurídico de presunção**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023. p. 204.

eficácia a um fato jurídico que é apenas aparente. A ideia é tratar a situação com base em uma probabilidade²⁵⁹ e proteger terceiros que agiram de boa-fé²⁶⁰.

As presunções legais e suas inter-relações apresentadas acima atuam de forma a preestabelecer um resultado para a hipótese. No caso, o espaço para o raciocínio inferencial do magistrado é mais reduzido. Por outro lado, as presunções judiciais, que serão doravante tratadas, conferem ao juiz um maior raciocínio inferencial com base nas regras de experiência, as quais podem ser utilizadas tanto na fase do raciocínio a ser percorrido como até mesmo quando se chega ao resultado.

As presunções judiciais²⁶¹ estão diretamente ligadas com as máximas de experiência, as quais estão previstas no contexto probatório do Código de Processo Civil no artigo 375. O Código de Defesa do Consumidor também prevê a possibilidade de utilização das máximas de experiência na hipótese de inversão judicial do ônus da prova, ao tratar dos direitos básicos do consumidor (artigo 6º, VIII). É possível encontrar o tratamento das regras de experiência no artigo 5º da Lei nº 9.099/1995, na parte da Lei que trata da figura do juiz.

Ao se analisar a natureza jurídica das regras de experiência e da sua posição no raciocínio probatório, a doutrina possui uma certa divergência. Em relação ao seu conteúdo, enquadra-se como um terceiro gênero que vincula os fatos e normas, pois não se trata de uma regra jurídica nem de um mero fato²⁶². Embora esteja enquadrada em um terceiro gênero, a sua

²⁵⁹ Segundo Mateus Bicalho de Melo Chavinho, “Há, ainda, uma definição de aparência como sendo uma verossimilhança ou mera probabilidade. Tal modo de definir a aparência é bastante usada no mundo jurídico, sobremaneira no direito jurídico-processual brasileiro, em relação ao instituto da tutela antecipada anteriormente preceituado no artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973 e, atualmente, denominado de tutela de urgência, preceituado no artigo 300 do Código de Processo Civil de 2015, que traz como um dos requisitos a probabilidade de um direito, o que reflete a noção de uma mera aparência do direito a ser considerada pelo magistrado na análise da tutela de urgência a ser concedida no processo civil, que pode não se confirmar, ao final, como sendo o direito material propriamente dito da parte”. CHAVINHO, Mateus Bicalho de Melo. **A teoria da aparência e seus reflexos no direito brasileiro**. 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2021. p. 98-99.

²⁶⁰ Gustavo Birenbaum, ao falar dos efeitos advindos do reconhecimento da eficácia da aparência, dispõe: “Um primeiro e mais evidente efeito da aparência, refere-se, no tocante ao terceiro de boa-fé, à *identidade das consequências jurídicas* existentes em caso de ato praticado por um titular verdadeiro e um titular aparente. De fato, uma vez reconhecida a eficácia do ato praticado por um titular aparente, esse ato ingressa no mundo jurídico com as mesmas virtudes que um ato regular apresentaria, se tivesse sido praticado”. BIRENBAUM, Gustavo. **Teoria da aparência**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2012. p. 139.

²⁶¹ C. J. A. Mittermayer apresenta a distinção das presunções legais e judiciais: “1ª. Muitas vezes a própria lei eleva certas presunções ao estado de prova, e obriga o juiz a, provados certos fatos, considerar verificados os fatos principais. 2ª Outras vezes deixa ao juiz a liberdade para decidir em seu critério, e para, baseado nas conclusões de sua razão pessoal, fixar suas convicções. Dessas divisões originam-se duas espécies de presunções: as chamadas *legais, proesumptiones juris*; as que são deixadas à apreciação do magistrado, *proesumptiones hominis*”. MITTERMAYER, C. J. A. **Tratado de prova em matéria criminal**. 5. ed. Campinas: Bookseller, 2008. p. 414.

²⁶² Juan Montero Aroca, ao tratar da prova das máximas de experiência, assim dispõe: “*Las máximas de la experiencia que pueden ser objeto de prueba, conforme dijimos antes, no son hechos, sino conceptos o reglas, y de ahí que también aquí estemos ante una situación diferente a la de la prueba de las afirmaciones de hechos, tanto que puede aplicárseles la mayor parte de lo dicho respecto de la prueba de los hechos*”. MONTERO AROCA, Juan. **La prueba en el proceso civil**. Madrid: Civitas, 1996. p. 56.

posição no silogismo, com divergência, é na premissa maior, considerada a sua natureza de uma regra geral²⁶³.

A atividade probatória deve consistir em uma operação lógica que é representada por um encadeamento de atividades cognitivas, destinada à determinação dos fatos e à formação do convencimento do juiz. Do ponto de vista epistemológico, conforme mencionado anteriormente, essa atividade consiste na construção de uma teoria do conhecimento em torno de se perquirir a sua compreensão, para que seja identificado um método de escolha e justificativa.

Ainda que seja dotada de maior subjetividade, as máximas de experiência buscam que seja empregado um raciocínio pelo juiz, da mesma forma como ocorre em relação às presunções legais. No caso, o que muda, é que nas presunções legais o resultado vem delimitado pela lei; nas presunções judiciais o juiz desenvolve o raciocínio com base naquilo que ordinariamente acontece. Não se trata de uma intuição, que é uma enunciação de um resultado por intermédio de um ato simples. A intuição será tratada no capítulo seguinte, ao abordar os fatores extrajurídicos ou extraprocessuais que podem incidir na tomada de decisão judicial.

As regras de experiência não dizem respeito propriamente ao conhecimento privado do juiz²⁶⁴. Embora o magistrado possa utilizar um fato que não consta no processo, quando ele é um fato notório²⁶⁵, ou com base naquilo que ordinariamente acontece²⁶⁶, trata-se de uma

²⁶³ Francisco Rosito entende que a posição das regras de experiência no raciocínio probatório não está na premissa maior: “Interessa chamar a atenção, neste momento, para o fato de que não é aceitável enquadrá-la como simples premissa de um método dedutivo, pois a natureza do processo não permite essa lógica formal. É mais adequado concebê-la em um contexto de conformação tanto da questão de fato como da questão de direito”. ROSITO, Francisco. **Direito probatório**: as máximas de experiência em juízo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 87.

²⁶⁴ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Fatos notórios e máximas de experiência. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 100, n. 376, p. 3–10, nov./dez. 2004. p. 3.

²⁶⁵ Os fatos notórios têm uma similaridade com as regras de experiência, pois a sua ciência é haurida por meio de fatos que não decorreram de uma produção de prova (artigo 374 do Código de Processo Civil). Contudo, os fatos notórios não promovem um ato inferencial, pois a sua objetividade decorre de uma ideia geral. José Carlos Barbosa Moreira cita os seguintes exemplos: “o de que em certa data se comemora a independência do País, o de que determinada cidade é sede do Governo, o de que tal ocasião a estrutura política nacional foi modificada por força de um movimento revolucionário”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. In: NOGUEIRA, Adalício *et al.* **Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Orlando Gomes**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 606.

²⁶⁶ Lucas Pereira Baggio cita o exemplo que consta na Bíblia Sagrada: “Conta a Bíblia que o Rei Salomão recebeu de Deus o dom da sabedoria. Famosa é a história de duas mulheres que o procuraram para solucionar um conflito. Ambas reclamavam a maternidade de um bebê. O Rei ordenou aos guardas que lhe trouxessem uma espada. Afirmou que iria dividir o menino ao meio. Então, uma das mulheres sugeriu ao Rei que o menino fosse entregue vivo à outra, que de modo nenhum o matassem. O Rei Salomão, demonstrando sua ‘sabedoria divina’, determinou que a criança fosse dada a esta mulher, reconhecendo-a como sua mãe”. BAGGIO, Lucas Pereira. O artigo 335 do Código de Processo Civil à luz da categoria das máximas de experiência. In: KNIJNIK, Danilo (org.). **Prova judiciária**: estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 181.

percepção genérica, conhecida e dotada de indiscutibilidade. Não é um conhecimento somente do juiz, mas que diz respeito a uma base objetiva para que se possa aferir uma “regra de frequência”²⁶⁷.

As regras de experiência não podem comprometer a imparcialidade do magistrado. Embora o juiz não seja neutro, ou seja, como pessoa tem suas convicções, crenças e preconceitos, o conhecimento privado não pode ser utilizado com relação a conhecimentos específicos que foram angariados pelo magistrado durante toda a sua formação. Além da impossibilidade de se aplicar conhecimentos privados específicos, a legislação veda a utilização de máximas de experiência que demandem um exame pericial.

Pode se imaginar a situação de um magistrado ou de uma magistrada que obteve uma formação em Moda e irá julgar uma demanda envolvendo vício em um vestido que foi realizado sob encomenda. O conhecimento específico do julgador ou da julgadora sobre o caso não poderá ser utilizado como regra de experiência, pois se trata de um conhecimento privado obtido durante a sua formação e que não é dotado de generalidade. Além do mais, a discussão sobre o possível vício do produto pode necessitar de uma prova técnica, a ser produzida perante o contraditório.

Outro exemplo pode ser extraído de um julgador ou de uma julgadora que realizou um curso técnico sobre mecânica de automóveis e se depara com uma ação perante o Poder Judiciário que discute vício em um motor de um carro. No caso, o conhecimento privado do magistrado não pode dispensar a produção da prova pericial e ele não pode se utilizar desse conhecimento privado e específico como máxima de experiência para motivar a sua decisão com base naquilo que ordinariamente acontece.

As máximas de experiência são constituídas por três elementos: a proposição-base, a regra de experiência e a proposição-presumida.²⁶⁸ Há uma discussão relevante sobre o contexto da descoberta e o contexto da justificação que devem ser empregados para que possa aferir, do ponto de vista epistemológico, o raciocínio inferencial empregado pelo juiz nas regras de experiência, para a formação do seu convencimento e da justificação da decisão.

²⁶⁷ ROSITO, Francisco. **Direito probatório**: as máximas de experiência em juízo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 77. Friedrich Stein apresenta as seguintes condições para determinar a essência das regras de experiência: “*Son deficiones o juicios hipoteticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos*”. STEIN, Friedrich. **El conocimiento privado del juez**. 2. ed. Bogotá: Temis, 1988. p. 27.

²⁶⁸ TRINDADE, Cláudia Sofia Alves. **A prova de estados subjetivos no processo civil**: presunções judiciais e regras de experiência. Coimbra: Almedina, 2016. p. 21.

As regras de experiência podem assumir uma conotação sobre a interpretação de palavras ou conceitos em ambientes genéricos ou específicos. A sua outra utilização, mais corriqueira na praxe forense, diz respeito a acontecimentos recorrentes que foram observados no passado e tendem a ser reproduzidos no futuro. É a “regra de frequência” acima mencionada, sujeita ao dinamismo da sociedade, pois o que era reiterado em um determinado momento da história pode não mais ser daqui para frente.

Ao tratar de conceitos jurídicos indeterminados e da possibilidade da utilização dos usos e costumes, as regras de experiência assumem uma dimensão interpretativa que confere uma discricionariedade ao juiz. Por exemplo, o artigo 113 do Código Civil prevê que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da sua celebração”. O mesmo artigo, no §2º, II, prevê, ao tratar da interpretação do negócio jurídico, que deve ser atribuído o sentido que corresponda aos usos, costumes, práticas do mercado relativas ao tipo do negócio.

Outras situações são mais recorrentes na jurisprudência brasileira e geraram entendimentos consolidados sobre a aplicabilidade de presunções judiciais. Uma hipótese diz respeito à inscrição indevida do nome de um consumidor nos bancos de dados relativos a apontamentos de inadimplência. Caso fique demonstrado que não havia uma relação jurídica obrigacional, ou que, embora exista essa relação obrigacional não há débito, incide o dano moral presumido, também denominado dano moral *in re ipsa*. Existe a presunção, com base naquilo que ordinariamente acontece, de que essa hipótese gera a violação a direitos da personalidade.

Outra situação está presente no direito das famílias. A recusa injustificada à realização de exame genético no caso de investigação de paternidade gera uma presunção de que aquela pessoa é o pai. Essa presunção judicial consta em um entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (Enunciado nº 301), o qual prevê: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”.

Embora sejam presunções judiciais, as máximas de experiência, ou seja, a formação de uma regra de frequência com base naquilo que ordinariamente acontece, também estão presentes na lei. O Código de Processo Civil estabelece hipóteses de impedimento e suspeição para prestar depoimento em juízo. Embora possam ser ouvidas como informantes, as pessoas referidas no dispositivo legal não seriam, segundo a legislação, dotadas da imparcialidade necessária (artigo 447).

Dentre os exemplos acima citados, para a presente discussão, deve ser destacada a situação em que é conferida ao magistrado a possibilidade de aplicação de regras e princípios segundo o senso comum. Além desse ponto, outro destaque que deve ser feito é que a formação de uma regra de experiência pode prescindir da produção de prova e ser promovida de ofício pelo juiz, sem que haja qualquer provocação das partes interessadas que atuam no processo²⁶⁹.

A previsão no Código de Processo Civil no artigo 375 se deteve ao aspecto da apuração dos fatos pelo magistrado. É possível a introdução, nas suas razões de decidir, de uma máxima de experiência sem a produção de provas no curso de uma regular atividade instrutória. Entretanto, a legislação, nesse ponto, ateve-se somente a uma das funções do instituto. No direito probatório, as máximas de experiência estão inseridas no contexto das presunções e atuam na formação do raciocínio inferencial. Nesse contexto de provas, as regras de experiência podem atuar tanto na sua produção como na sua valoração.

A outra finalidade, pouco explorada pela doutrina, refere-se à sua relação com a linguagem nos textos legais, conforme exposto no artigo 113 do Código Civil. A situação pode ser ainda mais problematizada quando se está diante de palavras ou expressões de significado impreciso. Essa imprecisão pode decorrer tanto de um contexto de conveniência legislativa quanto da impossibilidade de que todas as regras jurídicas sejam delimitadas de maneira precisa²⁷⁰. Uma textura mais aberta confere maior liberdade ao magistrado²⁷¹.

As técnicas legislativas podem adotar uma normatização mais detalhada, com a redução da margem de interpretação ou de subjetividade a partir da utilização de termos mais precisos. A vantagem dessa técnica é tornar a sua interpretação mais previsível e aumentar a segurança jurídica. Entretanto, essa técnica, por conter um enunciado mais fechado quanto à

²⁶⁹ Cláudia Sofia Alves Trindade sustenta que não são todas as regras de experiência que são dotadas de notoriedade; somente as regras de experiência notórias é que são de conhecimento oficioso pelo juiz. Segundo a autora, “A *contrário*, se não for notória, estará submetida ao princípio dispositivo, independentemente de se tratar de uma regra de experiência ou de uma afirmação de facto particular”. TRINDADE, Cláudia Sofia Alves. **A prova de estados subjetivos no processo civil: presunções judiciais e regras de experiência**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 34.

²⁷⁰ José Carlos Barbosa Moreira cita os seguintes exemplos: “Basta abrir ao acaso qualquer volume de textos legais para esbarrar em copiosos exemplos. Uma rápida olhada ao Código Civil, *verbi gratia*, descobre sem dificuldade longa série deles. Em que consiste o ‘perigo iminente’ que torna ilícita a deterioração ou destruição da coisa alheia, segundo o artigo 160, nº II? Que se pretende por ‘boa-fé’ no artigo 221, no artigo 622, *caput*, no artigo 968 e em tantos outros?”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. In: NOGUEIRA, Adalício *et al.* **Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Orlando Gomes**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 610.

²⁷¹ Chäim Perelman, ao falar sobre a lógica jurídica e a argumentação, ressalta que a partir da Revolução Francesa verifica-se um destaque da legalidade e da segurança jurídica por meio do raciocínio dedutivo, com uma visão estática do Direito. Posteriormente, é conferida ao juiz a possibilidade de buscar uma solução mais equitativa e razoável. Há uma intervenção crescente de regras de direito não escritas, representadas pelos princípios gerais de Direito. PERELMAN, Chäim. **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 185.

interpretação, proporciona que o seu conteúdo fique ultrapassado rapidamente, pois o Direito não consegue acompanhar *pari passu* a evolução da sociedade.

Em contrapartida, para que não ocorra uma desatualização constante do sistema, há a necessidade de que sejam também estabelecidas técnicas legislativas com enunciados mais abertos. Em um sistema principiológico, essa técnica é reproduzida em dispositivos legais. O Código de Processo Civil, ao tratar das normas fundamentais, traz a técnica aberta quando, por exemplo, dispõe que o juiz, ao aplicar o ordenamento jurídico, deve atender aos fins sociais e à exigência do bem comum, a resguardar e promover a dignidade da pessoa humana (artigo 8º).

Entre as desvantagens apontadas para esse sistema, destaca-se a possibilidade de gerar insegurança jurídica, além de conferir maior liberdade ao intérprete. A história do Direito revela esses movimentos pendulares: do direito natural ao positivismo e da legalidade estrita e tipicidade fechada para a principiologia, com as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados. Atualmente, o que se observa é uma busca por um maior controle sobre o senso comum e uma visão mais crítica a respeito dele²⁷².

Nesse ponto, a utilização das máximas de experiência no caso de conceitos indeterminados tem gerado na doutrina e na jurisprudência a busca por padrões probatórios para que sejam evitados subjetivismos na tomada de decisão judicial. Exemplificativamente, o artigo 244 do Código de Processo Penal, ao tratar da busca pessoal, prevê a possibilidade de utilização dessa medida, sem mandado judicial, quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça busca estabelecer um padrão probatório para se aferir o que caracteriza a fundada suspeita. O fato de uma pessoa visualizar a viatura policial e correr é uma fundada suspeita? A chegada da polícia e a mudança de direção de uma pessoa é uma atitude suspeita? A aplicação de uma máxima de experiência pela polícia, com naquilo que ordinariamente acontece, torna a prisão ilegal²⁷³? Essa situação será detalhada no capítulo 5 da tese.

²⁷² Michele Taruffo, ao abordar o senso comum e a atuação do juiz, dispõe o seguinte: “Sua responsabilidade (e também isso não é nada de novo, ao menos nos ordenamentos modernos) é a de fazer com que seu raciocínio seja conduzido por métodos racionais, apóie-se em noções controláveis e forneça adequadas justificações das escolhas feitas, segundo os critérios havidos por aceitáveis no contexto social e cultural do nosso tempo”. TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 171-203, jul./dez. 2001. p. 197.

²⁷³ Gustavo Badaró destaca o problema das generalizações nas máximas de experiência: “O problema é que há generalizações que são bem fundadas, com base científica ou empírica tendo sido testadas e sendo geralmente aceitas (p. ex: a lei da gravidade), mas também há outras que muitas vezes não são testadas e são, até mesmo impossível de serem verificadas (p.ex: o criminoso sempre volta ao local do crime), e há casos de meros preconceitos, sem qualquer fundamento, baseados apenas em estereótipos falsos, relacionados com gênero,

Além desse ponto de utilização das máximas de experiência para aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, um possível desentendimento acerca do conhecimento privado do juiz leva a doutrina e a jurisprudência a buscarem mecanismos mais objetivos para produção e valoração da prova, por meio dos *standards* de prova e da denominada teoria racionalista da prova, na tentativa de uma reconstrução da instituição probatória e do controle dos estados mentais das pessoas que julgam.

No caso, o que se busca, é o que o juiz fiel aos fatos exteriorize o itinerário lógico que percorreu para se chegar à sua convicção. No caso da utilização das regras de experiência, o conteúdo inferencial é mais amplo e a busca de um padrão e de uma racionalidade na tomada de decisão vem a repercutir cada mais vez nas situações concretas e na doutrina do direito probatório, almejando colocar o alegado subjetivismo em xeque e propiciar um controle mais efetivo pelas partes.

3.3 Teoria racionalista da prova

Ao se discutir a verdade e suas diversas acepções, desenvolveu-se a ideia da verdade como correspondência, sustentando que existe um cognitivismo, e não uma concepção cética. Esses aportes constituem premissas compartilhadas por uma concepção racional da prova²⁷⁴, que se baseia em um conhecimento fundamentado na lógica indutiva e probabilística. Essa abordagem se justifica pela possível incidência de subjetivismos no raciocínio probatório, em função do sistema de convencimento motivado e de institutos que favorecem uma maior operação inferencial por parte do magistrado²⁷⁵.

raça, classe ou idade (p.ex: mulheres dirigem pior que os homens)”. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Epistemologia judiciária e prova penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p. 113.

²⁷⁴ Daniela Accatino apresenta uma distinção entre a concepção racionalista e a concepção persuasiva: “a concepção racionalista da prova costuma ser contrastada com a persuasiva, a qual entenderia a prova apenas como um ‘instrumento de persuasão’, enquanto o critério de decisão acerca dos fatos provados consistiria unicamente na convicção do julgador, livre de justificação e de controles”. ACCATINO, Daniela. Teoria da prova: Somos todos “racionalistas” agora? MATIDA, Janaina; MOSCATELLI, Livia (coord.). **Os fatos no processo penal**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023. p. 26.

²⁷⁵ FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova**. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 21-22. Segundo Terence Anderson, David Schum e William Twining, “A partir de este principio central, las premisas características del discurso acerca de la prueba dentro de la tradición racionalista pueden ser expresadas sucintamente: la epistemología es cognitivista en lugar de escéptica; la teoría de la verdad como correspondencia es generalmente preferida a una teoría de la verdad como coherencia; el modelo de toma de decisión es visto como ‘racional’, en contraste con modelos ‘irracionales’ tales como la lucha, la expurgación, o la ordalía; el modelo de razonamiento característico es la inducción; y la búsqueda de la verdad, como *um medio* para alcanzar la justicia en el Derecho, exige una elevada, aunque no necesariamente insuperable, prioridad como valor social”. ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. **Análisis de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 117.

A atividade de conhecimento sobre os fatos e a incerteza sobre eles necessita de uma tomada de decisão que seja pautada por regras de racionalidade na busca de uma melhor conformação. Conforme mencionado anteriormente, a teoria racionalista da prova reconhece a verdade como elemento teleológico da atividade probatória e o seu conhecimento deve ocorrer por correspondência. Busca, sem qualquer ceticismo, atingir um certo grau de confirmação.

Conforme exposto nos capítulos iniciais da tese, há regras jurídicas para controle da produção e valoração probatórias pelo juiz, seja de um magistrado que atua fielmente na busca dos fatos, ou mesmo de um juiz que venha a atuar com certos desvios (juiz infiel aos fatos). Em relação às regras jurídicas, elas incidem sobre a atividade probatória, sobre os meios de prova e sobre o resultado probatório. Notadamente no momento da valoração da prova, em razão do sistema do convencimento motivado, é que a teoria racionalista tem uma maior atuação²⁷⁶.

Sobre os fatos que devem ser determinados, há o reconhecimento de que, na maioria das vezes, a racionalidade deva ser construída sobre fatos passados, embora, excepcionalmente, os fatos possam ser presentes, ou até mesmo futuros. Outro ponto a ser destacado é que há uma limitação temporal na análise dos fatos, pois há uma garantia fundamental que prevê uma duração razoável do processo (artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal). Assim, o trâmite por tempo muito longo pode representar uma inefetividade da atuação judicial.

No que tange à atuação das partes em um processo judicial, deve-se considerar que há interesses divergentes, salvo nos casos de jurisdição voluntária. Esse conflito na busca pela obtenção de seus próprios interesses pode resultar em uma versão apresentada que não coincida com o que realmente ocorreu. Ademais, pode haver manipulação do material probatório, como no caso em que se omite a apresentação de um documento por ser este desfavorável à parte.

A teoria racionalista da prova identifica a existência de regras jurídicas que controlam a prova, a busca pela verdade como elemento teleológico, embora limitada à correspondência com os fatos descritos no processo; a probabilidade como componente do cognitivismo, em oposição à certeza do ceticismo; e os interesses contrapostos das partes envolvidas em um

²⁷⁶ Jordi Ferrer-Beltrán detalha as três regras jurídicas sobre a prova: “O primeiro tipo de regras inclui regras que estabelecem o momento em que se inicia a fase de prova e o momento que finaliza, os momentos processuais em que se podem e/ou devem propor as provas para a sua admissão, os sujeitos a quem corresponde realizar essa proposição etc. O segundo tipo de regras define os meios de prova, determina quais deles são admissíveis em um determinado procedimento ou exclui expressamente alguns deles etc. O terceiro tipo de regras indica ao órgão decisório qual resultado deve extrair a partir da presença nos autos do processo de algum meio de prova específico, ou lhe concede liberdade jurídica para que valore os elementos de juízo que tenha disponíveis. FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova**. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 52.

litígio. Esses pontos apresentados até o momento devem ser reiterados para que se possa realizar uma correta delimitação da teoria.

Acerca da atividade probatória no direito, há três momentos logicamente distintos e sucessivos: a) formação do conjunto de elementos de juízo; b) a valoração dos elementos; e c) a tomada de decisão judicial²⁷⁷. Os elementos de juízo ou conjunto probatório dizem respeito às hipóteses que corroboram ou refutam os fatos apresentados em um processo, além dos casos de utilização de conhecimento pelo juiz autorizados pelo ordenamento jurídico, expostos no item anterior.

No capítulo 1, foram tratadas as regras jurídicas que estabelecem filtros para a admissibilidade da prova, ainda que ela contenha informação relevante. A legislação proíbe, por exemplo, produção de prova sem observância do contraditório, obtenção de provas mediante violação de direitos fundamentais, situação que envolva uma autoincriminação, decorrente do direito de não se produzir prova contra si mesmo, e até mesmo preclusão. Em outras situações, a lei diz que devem ser admitidas as provas relevantes. Há, no caso, um vácuo legislativo, pois não se delimita o que é uma informação relevante ou uma prova relevante para a correta determinação de um fato.

Em uma abordagem epistemológica, a relevância de uma prova para o caso deve ser analisada na perspectiva da corroboração ou refutação das hipóteses fáticas, segundo os princípios gerais da lógica. Por exemplo, o artigo 370 do Código de Processo Civil, ao mencionar que o juiz é o destinatário da prova, confere a ele a possibilidade de indeferimento de provas inúteis ou meramente protelatórias. Confere-se uma liberdade ao magistrado para, casuisticamente, definir o que se entende por uma prova relevante ou uma informação relevante.

Estabelecidos os elementos de juízo, deve ser realizada a valoração do conjunto probatório pelo juiz. O sistema que deve ser observado é o convencimento motivado²⁷⁸ e a análise é contextual e sujeita aos critérios da lógica e da racionalidade, de acordo com um grau de corroboração das hipóteses. Outro ponto acerca do sistema de valoração da prova, quanto ao

²⁷⁷ FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova**. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 61.

²⁷⁸ Este princípio equivale ao da *sana crítica*, adotado na Espanha e em países latinos. Conforme esclarece Eduardo Couture, “*Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de los casos. El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de acutar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y la experiencia sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento*”. COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: De Palma, 1969. p. 270.

fato de ela ser livre, a liberdade para a teoria racionalista da prova implica ausência de normas jurídicas que predeterminem o resultado dessa valoração²⁷⁹.

A questão da valoração da prova e sua correlação com as máximas de experiência, expostas no item anterior, traz à tona uma discussão sobre sua racionalidade. O grau de corroboração pode variar conforme o nível inferencial das máximas de experiência. Existem noções de experiência comum que correspondem a “leis” científicas de caráter universal, como ocorre, por exemplo, com a “lei” da gravidade. Do ponto de vista inferencial, é uma dedução que, ao mencionar o fato de um copo cair, se conclua que ele caiu de cima para baixo.

Outra máxima de experiência que detém alto grau de probabilidade diz respeito a uma situação com alta frequência estatística. No caso do exame genético para investigação de paternidade, cuja probabilidade é de quase cem por cento, a conclusão que resulta do exame é altamente confiável e pode ensejar um caráter de certeza do ponto de vista prático. No ordenamento jurídico brasileiro, em razão do elevado grau de probabilidade, essa máxima de experiência gerou um enunciado de súmula do Superior Tribunal de Justiça (Súmula nº 301).

As duas situações acima, em razão do alto grau de probabilidade e da menor operação inferencial do magistrado, não geram maiores problemas na valoração da prova pelo juiz com base nessas máximas de experiência universais ou não universais, mas com alto grau de probabilidade. Os problemas em relação à valoração das regras de experiência dizem respeito às generalizações baseadas naquilo que ordinariamente acontece, mas sem uma base científica ou altamente provável. Conforme exposto anteriormente na tese, o fato de uma pessoa avistar uma viatura policial e tomar outro rumo de direção, ou mesmo correr, é uma máxima de experiência que justifica uma abordagem policial? A máxima de experiência que denota o raciocínio inferencial é que, ordinariamente, a pessoa que foge da polícia é aquela que praticou um ato ilícito²⁸⁰.

²⁷⁹ Segundo Jordi Ferrer-Beltrán, “Se no primeiro dos moments, a conformação do conjunto de elements de juízo, acolhe a grande majoria de especificidades jurídicas, esse segundo momento (desde que estivermos no âmbito da livre apreciação da prova) é o momento da racionalidade. Trata-se aqui, insisto, como em qualquer outro âmbito do conhecimento, de avaliar o apoio empírico que um conjunto de elements de juízo aporta a uma determinada hipótese ou à sua contrária. Se tenho, pois, razão nisso, negar a possibilidade de adotar decisões racionais neste *momento*, apesar das especificidades jurídicas que possam reger o primeiro e o terceiro *momentos* da prova jurídica, pressupõe necessariamente acolher argumentos céticos gerais diante da possibilidade do conhecimento, ou, mais estritamente, da decisão racional. FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova**. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 68-69.

²⁸⁰ Michele Taruffo, ao falar sobre os critérios de inferência e as várias situações envolvendo generalizações universais e não universais e seu grau de confiabilidade: “Essa esquemática e simplificada distinção deixa evidente que o valor cognoscitivo atribuído às conclusões derivadas de inferências probatórias depende diretamente do valor cognoscitivo das noções adotadas como critérios para sua formulação. Trata-se de observação bastante óbvia, que, todavia, fornece um critério geral de racionalidade que deveria governar a valoração dos resultados produzidos por essas inferências”.

O terceiro momento é destinado à tomada de decisão judicial sobre os fatos provados²⁸¹. O grau de confirmação, que retrata uma probabilidade e não uma certeza, deve ser declarado provado de acordo com o *standard*²⁸² de prova utilizado. Há diferentes variações do grau de suficiência probatória, a depender do padrão probatório utilizado. No âmbito civil vigora o *standard* de prova prevalente, a justificar que está provado determinado fato se o grau de confirmação é superior ao da hipótese contrária. No âmbito penal, a hipótese deve ser confirmada para além de qualquer dúvida razoável, em razão de uma maior exigência probatória por lidar com o direito à liberdade²⁸³.

Os modelos de constatação ou *standards* de prova diferenciados, de acordo com a relação jurídica de direito material, também foram apresentados na teoria da redução dos módulos de prova. Segundo essa ideia, não há um modelo unitário para valoração da prova e a justificação é baseada na ausência de sujeição a regras rígidas sobre a apreciação da prova. Em outras palavras, a redução de exigências probatórias pode ser maior em uma relação de direito civil do que em uma relação de direito penal²⁸⁴.

No âmbito das Cortes Internacionais, há julgados sobre os *standards* de suficiência probatória. No Tribunal Penal Internacional foi julgado o ICC-01/04-01/06 a 5, a envolver Thomas Lubanga Dyilo da República Democrática do Congo. Ele foi a primeira pessoa condenada pelo Tribunal e apurava-se a prática dos crimes de guerra. Durante o julgamento,

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2016. p. 243.

²⁸¹ Sobre o contexto da decisão e a racionalidade da valoração, Gustavo Badaró pondera o seguinte: “Todo ato de decisão envolve um aspecto volitivo que não é completamente racionalizável. Isso, contudo, não pode levar à aceitação de que se deva assumir uma orientação voluntarista, considerando a decisão como um ‘evento autofundado, arbitrário, irrepitível e cujas razões restam seladas na subjetividade incognoscível e incomunicável de quem decide’. O que se deve fazer é procurar, na medida do possível, reduzir ao mínimo essa dose de subjetividade, empregando métodos racionais de valoração e de decisão, além de exigir justificação da decisão, por meio da exposição das razões que levaram às escolhas feitas por quem decidiu. Somente assim haverá possibilidade de controle intersubjetivo do juízo de fato realizado”. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Epistemologia judiciária e prova penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p. 240.

²⁸² Gustavo Henrique Badaró apresenta um conceito de *standards* probatórios: “Com efeito, os *standards* de prova são critérios que estabelecem o grau de confirmação probatória necessário para que o julgador considere um enunciado fático como provado, sendo aceito como verdadeiro”. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Epistemologia judiciária e prova penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p. 241.

²⁸³ FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova**. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 70-71.

²⁸⁴ Gerhard Walter destaca essa distinção: “*Se entiende sin dificultad que el módulo que hay que exigir para condenar a un acusado en proceso penal, no puede ser el mismo que en el caso en que una persona solicita una pensión por razón de un supuesto accidente de trabajo. En ambos queda claro que, por entrar a jugar otros principios, el módulo aparentemente idéntico de los procedimientos no puede ser uno el mismo en el caso concreto*”. WALTER, Gerhard. **Libre apreciación de la prueba**. Bogotá: Temis, 1985. p. 172.

foram feitas ponderações sobre a necessidade de provas além de qualquer dúvida razoável para uma condenação e sobre a confiabilidade das provas²⁸⁵.

Em relação a essa exigência, a juíza Usacka afirmou, na instância de apelação, que o Estatuto de Roma especifica que uma decisão condenatória deve fornecer uma justificativa fundamentada dos fatos que são considerados provados e de suas conclusões, ou seja, devem ser fornecidas as razões para qualquer decisão que se adote em matéria probatória. A juíza destacou que há necessidade da demonstração do raciocínio que foi empregado, o que é particularmente importante quando se trata de questões relacionadas à prova.

O artigo 58 do Estatuto de Roma prevê que o promotor pode solicitar uma ordem de detenção contra uma pessoa, se houver razões suficientes (*reasonable grounds*)²⁸⁶ para acreditar que a pessoa cometeu um crime. Em algumas decisões, o Tribunal Penal Internacional tem procurado estabelecer parâmetros sobre o que se deve entender por razões suficientes. A elaboração mais importante a esse respeito foi realizada no caso que envolvia o acusado Omar Al-Bashir, Presidente do Sudão. Houve acusações de crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio.

A discussão no caso sobre os *standards* de prova decorreu da expedição de mandados de prisão e da interpretação das razões suficientes para acreditar na prática do crime. O Tribunal Penal Internacional entendeu que o padrão probatório é relativamente baixo se comparado ao necessário para condenação e mais baixo para se iniciar uma persecução penal em juízo, pois são etapas posteriores de uma investigação criminal em andamento.

Acerca dos graus de suficiência probatória, o Tribunal Penal Internacional entende, com base no artigo 61 (7) do Estatuto de Roma, que se impõe um grau de suficiência maior

²⁸⁵ Segundo Diego Dei Vecchi e Juan Cumiz, “la sala toma una aproximación caso por caso, guiada por varios factores como: la naturaleza de la prueba, la credibilidad, la fiabilidad y la fuente, como también el contexto en el que fue obtenida y su nexo con los cargos del caso con el acusado. Son considerados los indicios de fiabilidad como la voluntariedad, la verosimilitud (truthfulness) o confiabilidad. En ese sentido, expresamente se ha aclarado que no es la cantidad de prueba presentada sino su valor probatorio lo que es esencial para la determinación final de la Sala sobre los cargos presentados por el fiscal”. VECCHI, Diego Dei; CUMIZ, Juan. **Estándares de suficiencia probatoria y ponderación a partir de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional**. Madrid: Marcial Pons, 2019. p. 86.

²⁸⁶ Ao tratar das razões suficientes, Diego Del Vecchi e Juan Cumiz estabelecem que “La CPI sostiene que, tal como lo requiere el art. 21 (3) del Estatuto de Roma, la expresión ‘motivos razonables para creer’ debe ser interpretada y aplicada de acuerdo con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, por lo que en su interpretación y aplicación ha de tomarse a modo de guía otro presunto estándar de prueba, a saber: el de sospecha razonable (reasonable suspicion). Este estándar guía, por su parte, habría de buscar-se en la interpretación que del art. 5 (1) (c) de la CEDH lleva a cabo la CoEDH, así como también en la jurisprudencia de la CoIDH sobre el derecho fundamental a la libertad personal, a partir del art. 7 de la CADH”. VECCHI, Diego Dei; CUMIZ, Juan. **Estándares de suficiencia probatoria y ponderación a partir de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional**. Madrid: Marcial Pons, 2019. p. 94.

para se passar para a etapa em juízo. O critério da corte é de uma valoração mais estrita e exigente da qualidade, quantidade e variedade da prova para considerar o padrão satisfeito. Sobre a etapa em juízo, esse grau de suficiência é menor do que a decisão que determina a condenação ou absolvição do acusado ou acusada.

No caso que envolveu Jean-Pierre Bemba Gombo, ex-vice-presidente da República Democrática do Congo, ICC-01/05-01/08, foi realizada uma ponderação sobre a etapa do processo em juízo. Discutiu-se a questão do uso de testemunhas anônimas. Houve o reconhecimento pela Corte Internacional que, nessa fase preliminar, o padrão de prova era mais baixo do que o exigido durante o julgamento. Como resultado, permitiu-se a utilização de provas que não necessariamente seriam admissíveis em uma fase posterior, como testemunhos anônimos, considerando que o propósito principal dessa etapa é apenas determinar se há fundamentos suficientes para prosseguir com o julgamento.

A situação que envolve o julgamento em que irá se proferir um julgamento condenatório é diferente, pois nessa hipótese o grau de suficiência probatória é maior e fala-se em um *standard* de prova de dúvida além do razoável. O artigo 66 do Estatuto de Roma prevê que, para que seja proferida uma condenação, o tribunal deve estar convencido da culpa do acusado além de qualquer dúvida razoável. Embora se consiga identificar que há maior suficiência probatória para que seja proferida uma sentença condenatória, as decisões sobre o nível de suficiência não passam de apreciações discricionárias que não conseguem superar a incerteza que a fórmula implica.

O *standard* probatório da dúvida além do razoável ficou conhecido pela sigla BARD (*Beyond a Reasonable Doubt*). A primeira interpretação realizada pela corte foi no caso do acusado Omar Al-Bashir, Presidente do Sudão. De forma mais específica, a discussão foi retomada nos casos que envolviam Thomas Lubanga Dyilo, da República Democrática do Congo, e Jean-Pierre Bemba Gombo, ex-Vice-Presidente da República Democrática do Congo²⁸⁷.

²⁸⁷ Ao interpretar o julgamento pelo Tribunal Penal Internacional do caso envolvendo Jean-Pierre Bemba Gombo, Diego dei Vecchi e Juan Cumiz assim concluíram: “*En este último caso se expresó que la conclusión fáctica ha de entenderse como verdadera BARD cuando la Sala concluya, sobre la base de la evidencia, que solo hay una conclusión razonable que puede extraerse de ciertos hechos particulares. El órgano decisorio explicó en esa oportunidad que la suficiencia no puede quedar supeditada a dudas imaginarias o frívolas basadas en empatías o prejuicios. Debe basarse en la lógica y el sentido común y tener una vinculación (link) racional con la prueba, falta de prueba o inconsistencias en la prueba*”. VECCHI, Diego Dei; CUMIZ, Juan. **Estándares de suficiencia probatoria y ponderación a partir de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional**. Madrid: Marcial Pons, 2019. p. 138.

No Direito norte-americano²⁸⁸, de matriz anglo-saxã, são apresentados três tipos de *standards* de prova. O primeiro deles é o da preponderância das provas (*preponderance of the evidence – PoE*), de acordo com o maior grau de probabilidade com base nos meios de prova disponíveis; o segundo é o modelo da prova clara e convincente (*clear and convincing evidence – CCE*), o qual retrata uma probabilidade elevada; e, por último, o mencionado critério da prova além da dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*, ou BARD).

Nos sistemas jurídicos de matriz anglo-saxã, o sistema dos *standards* probatórios são mais consolidados em razão dos julgamentos por júris nas searas cível e criminal. Há uma distinção entre os graus de convicção para se dar um fato como provado. No sistema brasileiro, de matriz romano-germânica (*civil law*), não houve tanta preocupação na aferição do quanto de prova é necessário para se provar uma determinada hipótese. Na seara do direito penal, a presunção de inocência pode ser vista como um *standard* probatório e até mesmo uma regra de julgamento. Caso não seja suficiência probatória para superar a dúvida além do razoável, deve ser aplicado o benefício da dúvida.

Os *standards* probatórios geralmente não estão previstos na legislação. No Direito brasileiro, o artigo 155 do Código de Processo Penal veda somente ao juiz a fundamentação das decisões exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. O Código de Processo Civil, quando aborda o convencimento motivado no artigo 371, não traz qualquer menção sobre algum padrão a ser observado²⁸⁹.

Tem-se observado nos últimos anos o desenvolvimento, pela doutrina e pela jurisprudência, dos *standards* de prova no processo penal brasileiro. Há uma expansão da sua

²⁸⁸ Flávio da Silva Andrade, ao falar sobre o sistema judicial dos Estados Unidos da América, destaca o direito probatório da formação acadêmica dos profissionais em *Law of Evidence* e conhecimentos específicos sobre as espécies de prova possíveis e admissíveis; procedimentos de coleta e de apresentação em juízo (*admission and exclusion of evidence*); regras de ônus da prova (*burden of proof*); presunções legais de existência e de veracidade; critérios quanto ao grau de suficiência da prova (*standards of proof*), especialmente no que se refere ao julgamento pelo júri. ANDRADE, Flávio da Silva. **Standards de prova no processo penal**: quanto de prova é necessário para deferir medidas cautelares, receber a denúncia, pronunciar e condenar? 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2024. p. 147.

²⁸⁹ Larry Laudan, um epistemólogo dedicado ao tema da prova no processo penal, relata o seguinte: “*En cualquier área fuera del derecho en la que se evalúan pruebas para tomar ciertas determinaciones (incluyendo las ciencias naturales, las pruebas clínicas en medicina, las matemáticas, los estudios epidemiológicos, etcétera), el EdP está concebido para informar al investigador en cuestión cuándo tiene derecho a considerar algo como probado; es decir, cuándo la relación que existe entre las pruebas o las premisas y la conclusión que se busca justifica la aceptación de dicha conclusión como probada en el contexto específico. Por el contrario, en el derecho procesal penal, esta función es completamente ignorada o vergonzosamente ocultada*”. LAUDAN, Larry. **Verdad, error y proceso penal**: un ensayo sobre epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 124.

aplicação não somente para a valoração da prova e do contexto da decisão. O Superior Tribunal de Justiça tem destacado a necessidade de aplicação de padrões probatórios não somente quando a prova é valorada, mas também quando a prova é produzida. Há algumas decisões desse Tribunal Superior que serão detalhadas no capítulo 5 da tese, destinado às provas em espécie.

Exemplificativamente, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da sua 3ª Seção, estabeleceu padrões probatórios para a confissão extrajudicial de um investigado no julgamento do AResp 2.123.334/MG realizado no dia 20 de junho de 2024. O acusado foi condenado pela prática de furto simples e os elementos de prova foram a confissão informal obtida pelos policiais no momento da prisão e o reconhecimento fotográfico. O bem furtado não foi encontrado em sua posse e as imagens captadas do local do crime não foram juntadas pela polícia.

Dentre as finalidades dos *standards* de prova, está evitar ou minorar a existência de erros judiciais, com a ideia de que não haja condenações equivocadas. No caso acima mencionado, o Relator do voto, Ministro Ribeiro Dantas, fez uma ponderação sobre a tortura no Brasil e que o tema nem sempre recebe a devida consideração por parte das autoridades estatais. Segundo o relator, a confissão extrajudicial pode ser colhida no momento de ocorrência da tortura para a obtenção de prova, pois o investigado está nas mãos da polícia, sem que haja qualquer mecanismo de controle para prevenir. Há menção de estudos realizados pelo Conselho Nacional de Justiça, pela Organização das Nações Unidas e pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

O modo de obtenção da confissão no processo penal será admissível se feita formalmente, de maneira documentada, dentro de um estabelecimento estatal público e oficial. A confissão não implica, necessariamente, condenação do réu. O Relator do voto ponderou que, apesar de contraintuitivo, o fenômeno das falsas confissões é confirmado pela literatura internacional. Houve o apontamento dos fatores que podem levar a falsas confissões, tais como vulnerabilidades etárias, mentais e técnicas de inquirição sugestivas. Em razão do contexto acima exposto, foram fixados parâmetros para a obtenção e admissibilidade da prova²⁹⁰.

²⁹⁰ Houve a fixação das seguintes teses: “1: A confissão extrajudicial somente será admissível no processo judicial se feita formalmente e de maneira documentada, dentro de um estabelecimento estatal público e oficial. Tais garantias não podem ser renunciadas pelo interrogado e, se alguma delas não for cumprida, a prova será inadmissível. A inadmissibilidade permanece mesmo que a acusação tente introduzir a confissão extrajudicial no processo por outros meios de prova (como, por exemplo, o testemunho do policial que a colheu). 2: A confissão extrajudicial admissível pode servir apenas como meio de obtenção de provas, indicando à polícia ou ao Ministério Público possíveis fontes de provas na investigação, mas não pode embasar a sentença

Observa-se a fixação de um padrão probatório para a obtenção da prova e consequentemente para a sua admissibilidade em uma persecução penal em juízo. Essa busca de um *standard* probatório para que uma prova seja admitida no processo também é usada pela jurisprudência dos Tribunais Superiores para os casos de busca pessoal ou domiciliar²⁹¹ e reconhecimento de pessoas. Esses meios de obtenção de prova serão tratados posteriormente no contexto das provas em espécie.

No ano de 2022, houve uma elevação do *standard* probatório quanto ao deferimento de busca em locais de trabalho de advogados. Trata-se da Lei nº 14.365, que alterou o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/1994). O artigo 7º do Estatuto destacou a excepcionalidade da medida e consta expressa vedação no deferimento da medida quando fundada exclusivamente em elementos produzidos em declarações de colaborador sem confirmação por outros meios de prova (§6º e §7º).

Dentre os outros meios de obtenção de prova, de natureza pessoal, há a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico, interceptações telefônicas ou de comunicações, a gravação ambiental e a infiltração de agentes policiais no combate à criminalidade organizada. Há também as medidas cautelares de natureza patrimonial ou real, tais como as medidas de arresto e sequestro. Quanto à apuração do crime de tráfico de drogas, o artigo 60 da Lei nº 11.340/2006, alterado pela Lei nº 13.840/2019, admite-se a aplicação de medida assecuratória nos casos em

condenatória. 3: A confissão judicial, em princípio, é, obviamente, lícita. Todavia, para a condenação, apenas será considerada a confissão que encontre algum sustento nas demais provas, tudo à luz do art. 197 do CPP. 4. A aplicação dessas teses fica restrita aos fatos ocorridos a partir do dia seguinte à publicação deste acórdão no DJe. Modulação temporal necessária para preservar a segurança jurídica (art. 927, § 3º, do CPC). 13. Ainda que sejam eventualmente descumpridos seus requisitos de validade ou admissibilidade, qualquer tipo de confissão (judicial ou extrajudicial, retratada ou não) confere ao réu o direito à atenuante respectiva (art. 65, III, "d", do CP) em caso de condenação, mesmo que o juízo sentenciante não utilize a confissão como um dos fundamentos da sentença. Orientação adotada pela Quinta Turma no julgamento do REsp 1.972.098/SC, de minha relatoria, em 14/6/2022, e seguida nos dois colegiados desde então". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 2123334/MG (2022/0137982-5)**. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, 20 jun. 2024. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_processo=AREsp2123334. Acesso em: 26 ago. 2024.

²⁹¹ O artigo 240 do Código de Processo Penal prevê que a busca pessoal tem cabimento “quando houver fundada suspeita” e para a busca domiciliar a lei somente permite a sua decretação “quando fundadas razões a autorizarem”. Segundo o entendimento de Flávio da Silva Andrade, “Essa ‘fundada suspeita’ e essas ‘fundadas razões’ consistem em rebaixados *standards* de prova ou modelos de constatação dos fatos. Evidentemente, distinguem-se de uma simples suspeita, de uma pura intuição ou desconfiança. Elas vão além disso, devendo estar conectadas a fatos objetivos, apresentando-se consistentes, realmente fundadas. São parâmetros menos exigentes, que podem ser traduzidos por uma suspeita razoável (*reasonable suspicion*), por um motivo aceitável que, nas circunstâncias, sejam suficientes para justificar a busca a fim de se esclarecer fatos e eventualmente colher provas”. ANDRADE, Flávio da Silva. **Standards de prova no processo penal**: quanto é necessário para deferir medidas cautelares, receber a denúncia, pronunciar e condenar? 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2024. p. 209.

que houver suspeita de que os bens, direitos ou valores sejam produtos dos crimes ou proveitos deles.

Em relação às medidas cautelares em que se busca a obtenção de prova, os padrões de verificação do *standard* probatório não são tão exigentes, pois o que se busca é coleta de provas. Todavia, há um diferencial quanto à medida cautelar pessoal de decretação da prisão preventiva em razão dos requisitos do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*. O artigo 315 do Código de Processo Penal, cuja redação foi alterada pela Lei nº 13.964/2019, estabelece um elevado grau de suficiência probatória ao especificar as hipóteses em que uma decisão não se considera fundamentada²⁹². Quanto à materialidade para identificação do *fumus comissi delicti*, o entendimento é pela exigência de alto grau de suficiência probatória, em razão da necessidade de certeza da existência do crime e de um menor grau ao se exigir indícios suficientes de autoria.

Quando se fala no início da persecução penal em juízo, mediante o oferecimento de uma denúncia ou queixa, o grau de suficiência que se pode extrair da legislação é a justa causa, consistente em um lastro probatório mínimo. O início do processo penal em desfavor de uma pessoa deve ser analisado com cautela, em razão do constrangimento que é ocasionado pelo *strepitus fori*, pois um processo penal gera uma repercussão negativa. Nesse momento, o grau de suficiência situa-se em um nível intermediário: há necessidade de maior corroboração em comparação ao grau exigido para decretar uma medida destinada à obtenção de prova; contudo, o grau de suficiência é menor se comparado ao exigido para uma sentença condenatória.

O procedimento do Tribunal do Júri, cuja competência é fixada constitucionalmente para os casos de crimes dolosos contra a vida (artigo 5º, XXXVIII, “d”, da Constituição Federal), há uma natureza bifásica. A primeira fase tem início com o recebimento da denúncia e vai até o trânsito em julgado da decisão de pronúncia (artigos 406 a 421 do Código de Processo Penal). Posteriormente, caso o réu seja pronunciado, há o julgamento perante o Plenário Popular

²⁹² Caio Badaró Massena apresenta uma proposta de *standard* probatório para a decretação da prisão preventiva: “1) Requisito de materialidade para identificação do *fumus comissi delicti*: a) a hipótese de existência do crime deve ser capaz de explicar todos os dados disponíveis, integrando-os de forma coerente; b) a hipótese deve refutar todas as demais hipóteses plausíveis explicativas dos mesmos dados que sejam compatíveis com a não existência do crime, excluídas as meras hipóteses *ad hoc*; 2) Requisito de autoria para identificação do *fumus comissi delicti*: a) a hipótese de autoria do crime pelo imputado deve ser a mais provavelmente verdadeira, à luz de todos os elementos existentes no procedimento/processo; b) o conjunto de elementos juntados ao procedimento/processo deve ser o mais completo possível (excluídas as provas redundantes), considerando a fase processual e as circunstâncias do evento; 3) Enunciado fático que pretende encaixar em alguma das hipóteses de *periculum libertatis*: a) a hipótese do enunciado fático que será utilizado como base para inferir o *periculum libertatis* deve ser capaz de explicar todos os dados disponíveis, integrando-os de forma coerente; b) a hipótese deve refutar todas as demais hipóteses plausíveis explicativas dos mesmos dados que sejam compatíveis com a não existência do enunciado fático, excluídas as meras hipóteses *ad hoc*”. MASSENA, Caio Badaró. Prisão preventiva e standards de prova: propostas para o processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 7, n. 3, p. 1631-1668, set./dez. 2021. p. 1660-1661.

e o procedimento se encerra com a votação pelos jurados e a prolação de sentença (artigos 422 a 493 do Código de Processo Penal).

Na primeira fase do procedimento, é proferido um pronunciamento judicial ao final, cujo objetivo é identificar se o réu será pronunciado, absolvido sumariamente, impronunciado, ou a desclassificação para outro crime. O artigo 413 do Código de Processo Penal prevê como *standard* probatório para a hipótese de pronúncia que o juiz se convença da materialidade do crime e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

No Brasil, em relação à decisão de pronúncia, tradicionalmente é aplicado o brocardo *in dubio pro societate*. A ideia difundida é que, se houver dúvida, o réu deve ser pronunciado e submetido a julgamento perante seus pares. A estipulação de um *standard* probatório rebaixado não condiz com a presunção de inocência nem com o próprio texto da lei, que exige a prova da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria. Não há qualquer base teórica ou epistemológica que sustente tal interpretação e o padrão probatório de um baixo grau de corroboração.

O Supremo Tribunal Federal, em um julgado cujo relator foi o Ministro Gilmar Mendes, entendeu como incongruente a utilização do princípio *in dubio pro societate*, a afirmar que no caso o correto é a aplicação da garantia constitucional que consagra a presunção de inocência (*in dubio pro reo*). Houve uma ponderação que o *standard* probatório não pode ser além da dúvida razoável, exigido para a condenação, porém deve ser um pouco inferior, a justificar o *standard* da preponderância das provas ou da prova prevalente²⁹³.

O Superior Tribunal de Justiça, por meio da sua Sexta Turma, ao julgar um caso oriundo do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, em que houve a pronúncia do réu, deu provimento ao recurso para despronunciar o acusado. O julgado relatado pelo Ministro Rogério Schietti descreve que os *standards* probatórios variam de acordo com a etapa do procedimento, a seguir uma tendência ascendente ou progressiva. Aqui, merece destaque o

²⁹³ Neste ponto, é importante transcrever um trecho do voto do Relator Ministro Gilmar Mendes: “percebe-se a lógica confusa e equivocada ocasionada pelo suposto ‘princípio *in dubio pro societate*’, que, além de não encontrar qualquer amparo constitucional ou legal, acarreta o completo desvirtuamento das premissas racionais de valoração da prova. Além de desenfocar o debate e não apresentar base normativa, o *in dubio pro societate* não exige uma certeza além da dúvida razoável, necessária para a condenação. Contudo, a submissão de um acusado ao julgamento pelo Tribunal do Júri pressupõe a existência de um lastro probatório consistente no sentido da tese acusatória. Ou seja, requer-se um *standard* probatório um pouco inferior, mas ainda assim dependente de uma preponderância de provas incriminatórias”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.067.392/CE**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 mar. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343636549&text=.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2024.

ponto que faz uma distinção entre dois *standards* probatórios para a decisão de pronúncia, conforme redação do artigo 413 do Código de Processo Penal²⁹⁴.

Em relação a esse sistema, no que diz respeito à valoração da prova pelos jurados, vigora a valoração da prova segundo a íntima convicção. Não há necessidade de exteriorizar as razões pelas quais o convencimento foi formado. Conforme mencionado no capítulo 2 da tese, há julgado de Corte Internacional que entende pela motivação das decisões no caso e a possibilidade de controle. No Direito norte-americano, o controle é feito *ex ante*, ou seja, com a finalidade de zelar pela confiabilidade do acervo probatório²⁹⁵.

Sobre esse controle prévio, a situação é descrita no filme *Doze homens e uma sentença*. Havia uma acusação de homicídio premeditado e o acusado era um jovem porto-riquenho. Ao iniciar o julgamento pelo júri na cidade de Nova Iorque, o juiz orientou os jurados acerca da regra de que, por unanimidade, deveriam absolver o réu se houvesse dúvida razoável sobre sua culpa, mas que ele deveria ser condenado, caso houvesse demonstração em sentido contrário.

O júri brasileiro, segundo a epistemologia, apresenta alguns traços contraepistêmicos. Em relação ao procedimento bifásico, há a concentração de produção de provas na primeira fase e um desestímulo à produção de provas perante o plenário popular. Na segunda fase, o que se observa é a disputa por uma melhor narrativa, a denotar um caráter nitidamente persuasivo. A possibilidade de utilização de argumentos não somente jurídicos pode afetar ainda mais a racionalidade na tomada de decisão²⁹⁶.

²⁹⁴ Nesse sentido, segue trecho do julgado: “A leitura do referido dispositivo legal permite extrair dois *standards* probatórios distintos: um para a materialidade, outro para a autoria e a participação. Ao usar a expressão “convencido da materialidade”, o legislador impôs, nesse ponto, a certeza de que o fato existiu; já em relação à autoria e à participação, esse convencimento diz respeito apenas à presença de indícios suficientes, não à sua demonstração plena, exame que competirá somente aos jurados”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 2.091.647/DF (2022/0203223-1)**. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, 26 set. 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=210985134®istro_numero=202202032231&peticao_numero=&publicacao_data=20231003&formato=PDF. Acesso em: 27 ago. 2024.

²⁹⁵ Sobre esse sistema de controle prévio, destaca Marcella Mascarenhas Nardelli: “De forma geral, as instruções aos jurados são mecanismos característicos do sistema do controle *ex ante* e se consubstanciam como importantes fatores de racionalização da decisão dos cidadãos. De acordo com essa lógica, constitui obrigação do magistrado instruir os jurados sobre sua função, sobre a dinâmica do procedimento e sobre as questões de direito aplicáveis (esclarecendo-se sobre a forma adequada de interpretar alguns conceitos jurídicos pertinentes). O júri é orientado, basicamente, sobre como lidar com a vasta gama de informações que lhe foi apresentada, bem como sobre as regras de ônus da prova e sobre o *standard* probatório a ser adotado”. NARDELLI, Marcella Mascarenhas. Júri por jurados e o direito a uma cognição adequada. In: MATIDA, Janaina; MOSCATELLI, Livia (coord.). **Os fatos no processo penal**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023. p. 363.

²⁹⁶ Conforme destaca Marcela Mascarenhas Nardelli: “A deficiência de uma cognição probatória adequada acaba levando a uma tendência ainda maior do júri, no momento de decidir, em recorrer à subjetividade do senso comum, à emoção e a tudo mais que seja alheio à prova. No Brasil, a noção de íntima convicção fora sedimentada de forma ampla, passando a ser atrelada ao próprio princípio constitucional da soberania dos veredictos. Essa concepção teve consideráveis impactos negativos sobre a lógica que orienta a configuração

Outro problema epistêmico diz respeito à ausência de motivação da decisão proferida pelos jurados. A legislação processual penal brasileira estabelece que cabe a interposição de recurso de apelação no caso de a decisão dos jurados ser manifestamente contrária à prova dos autos (artigo 593, III, “d”, do Código de Processo Penal). Como possível mecanismo de compreensão da decisão do Conselho de Sentença, tem-se o questionário que é elaborado pelo juiz presidente a partir das pretensões apresentadas pelas partes²⁹⁷.

Ressalvada a especificidade do procedimento do Tribunal do Júri, a sentença penal condenatória proferida por magistrado é o pronunciamento judicial que detém o maior grau de suficiência probatória²⁹⁸. Fala-se em uma dúvida além do razoável, com base na necessidade de se derrotar a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*. No Direito brasileiro, há algumas regras jurídicas que estabelecem o controle da atuação do juiz fiel aos fatos, tais como a motivação da sentença (artigo 93, IX, da Constituição Federal) e a impossibilidade de se julgar unicamente com base nas provas produzidas na investigação preliminar, ressalvadas as provas não repetíveis, cautelares e antecipadas (artigo 155 do Código de Processo Penal). Contudo, ao tratar da sentença, o artigo 381, III, do Código de Processo Penal prevê somente que o juiz deve indicar os motivos de fato e de direito que fundar a decisão²⁹⁹.

No *standard* da dúvida além do razoável, de matriz anglo-saxã, também não é possível identificar de imediato, com clareza, o seu conteúdo normativo. Existe uma indeterminação do seu conceito, do mesmo modo como ocorre com o benefício da dúvida. Em razão dessa situação, alguns doutrinadores e a jurisprudência buscam atribuir concretude a esse *standard*.

do procedimento do júri”. NARDELLI, Marcella Mascarenhas. Júri por jurados e o direito a uma cognição adequada. In: MATIDA, Janaina; MOSCATELLI, Livia (coord.). **Os fatos no processo penal**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023. p. 368.

²⁹⁷ NARDELLI, Marcella Mascarenhas. Júri por jurados e o direito a uma cognição adequada. In: MATIDA, Janaina; MOSCATELLI, Livia (coord.). **Os fatos no processo penal**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023. p. 370.

²⁹⁸ Luís Felipe Kircher estabelece uma escala crescente sobre os *standards* de prova no processo penal brasileiro: “[...] I) de investigar; II) de processar; III) de decretação de medidas cautelares patrimoniais; IV) decretação de medidas invasivas de obtenção de provas, V) decretação de medidas cautelares alternativas à prisão (em geral, como dito, há peculiaridades frente ao rol extenso de medidas diversas), VI) de decretação de prisões antes do término do processo e VII) da decisão final condenatória”. KIRCHER, Luís Felipe. **Standards de prova no processo penal**: em busca de um modelo controlável. Salvador: Juspodivm, 2024. p. 308-309.

²⁹⁹ Luiz Gabriel Batista Neves, ao realizar um estudo empírico em 380 processos Varas Especializadas de Tóxicos na Comarca de Salvador/BA, concluiu o seguinte em relação à utilização do grau além da dúvida razoável: “Mesmo sem a escolha do BARD como critério de suficiência probatória para fins de referencial da tese, a pesquisa realizou uma testagem com a categoria norte-americana. Primeiro foi realizada leitura específica para verificar se havia alguma referência à expressão na origem, tanto o *beyond a reasonable doubt* como sua abreviação (BARD), mas nenhum caso foi encontrado. Depois, em um segundo momento, as traduções mais conhecidas “além da dúvida razoável”, “para além de toda a dúvida razoável” ou “acima de toda dúvida razoável” foram examinadas, voltando a não ter nenhum resultado reagente”. NEVES, Luiz Gabriel Batista. **Standard de prova e sentença penal**: um diálogo entre prática e teoria. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023. p. 197.

No caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal que ficou conhecido como “Mensalão” (Ação Penal nº 470/MG), houve menção a esse *standard* probatório em alguns votos proferidos pelos ministros³⁰⁰.

A utilização desse *standard* probatório da dúvida além do razoável está presente em outros julgados dos Tribunais Superiores. Contudo, deve ser ponderado que a sua utilização de forma indiscriminada pode ocasionar um transplante acrítico de matrizes com culturas diversas da nossa cultura romano-germânica. Ao se falar na motivação de uma decisão judicial, com base em uma teoria racionalista da prova, o que se busca é que sejam determinadas, de acordo com os fatos, as razões pelas quais a dúvida razoável foi ou não derrotada³⁰¹.

Segundo Humberto Ávila, a escolha do *standard* depende de elementos relativos à infração, à sanção, ao poder investigatório e ao raciocínio desenvolvido. Quanto mais séria for a infração, mais exigente será o *standard*. A mesma interpretação deve ser aplicada para a gravidade das sanções a serem eventualmente aplicadas. No que diz respeito à natureza das alegações, quanto mais pessoais e severas forem as consequências, mais rigorosa será a exigência de provas. O poder investigatório também pode influenciar no grau de suficiência probatória, pois quanto mais amplos os poderes da autoridade acusadora, mais cogente deverá ser a prova. Além dessas hipóteses, outra que pode aumentar o nível de exigência é a complexidade da cadeia de causalidade, ou seja, quanto maior o grau de inferência, mais severa deve ser a exigência da prova para a sua comprovação³⁰².

³⁰⁰ No voto do Ministro Relator Joaquim Barbosa consta o seguinte trecho: “Certamente o conjunto probatório, quer formado por provas diretas ou indiretas, ou quer exclusivamente por provas diretas ou exclusivamente por provas indiretas, deve ser robusto o suficiente para alcançar o *standard* de prova próprio do processo penal, de que a responsabilidade criminal do acusado deve ser provada, na feliz fórmula anglo-saxã, acima de qualquer dúvida razoável”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal 470/MG**. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 17 dez. 2012. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130423-05.pdf. Acesso em: 27 ago. 2024.

³⁰¹ Janaína Matida e Antônio Viera formulam uma crítica à crescente utilização desse *standard* no processo penal brasileiro: “A consequência de tudo isso é que o BARD acabe sendo utilizado no sistema de justiça criminal brasileiro para cumprir papel diametralmente oposto daquele que seria o esperável. O perigo para o qual queremos sinalizar é que o BARD termine funcionando como um “anti-*standard*” de prova, passando a servir como um elemento puramente retórico de justificação das decisões, em nada diminuindo os espaços de subjetivismo, de discricionariedade ou mesmo de arbitrariedade que precisamente se quer evitar a partir da adoção de um modelo racionalista de prova (o qual recorre a um *standard* justamente por reconhecer-lhe como instrumento capaz de incrementar o controle intersubjetivo das decisões judiciais”. MATIDA, Janaina; VIEIRA, Antônio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do *standard* de prova “para além de toda a dúvida razoável” no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 156, p. 221-248, jun. 2019. p. 222.

³⁰² ÁVILA, Humberto. Teoria da prova: *standards* de prova e o critério de solidez da inferência probatória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 43, n. 282, p. 113-139, ago. 2018. p. 120-121.

No processo penal, além da tentativa de controlar a valoração da prova e a formação do convencimento do julgador por meio da teoria racionalista da prova, fala-se em instrumentos para o controle da fiabilidade da prova. São elementos objetivos que, embora não tenham relação direta com a hipótese do processo, podem servir para reforçar, ou não, a força inferencial da prova. A esse controle racional da fiabilidade da prova dá-se o nome de *metaprova*³⁰³.

A prova testemunhal será objeto de detida análise no capítulo 5, na parte destinada às provas dependentes da memória. Esta análise da metaprova, aquela que busca atribuir maior credibilidade sobre outra prova, pode ser exemplificada pela situação do testemunho por ouvir dizer, também conhecido como *hearsay rule* ou *hearsay testimony*. Trata-se de uma descrição em que a pessoa ouvida não presenciou a hipótese descrita, mas ouviu dizer por meio de outra fonte³⁰⁴.

O Superior Tribunal de Justiça tem alguns julgados nos últimos anos sobre esse tema. Ao analisar alguns acórdãos, é possível identificar que há o mesmo tratamento do testemunho de ouvir dizer com o testemunho indireto e a ausência de credibilidade para uma pronúncia no Tribunal do Júri³⁰⁵, ou mesmo para uma sentença condenatória. O transplante desse instituto do Direito norte-americano tem gerado divergências conceituais e de aplicabilidade nos casos concretos levados a julgamento.

A discussão sobre o testemunho de ouvir dizer como metaprova passa pela análise do artigo 203 do Código de Processo Penal, o qual estabelece que a testemunha deve relatar o que

³⁰³ Segundo a doutrina de Daniel de Resende Salgado, “A metaprova, como um (mas não o único) instrumento a serviço do controle da fiabilidade probatória, entretanto, não deixa de ser uma espécie do gênero *prova*, uma vez que, reitera-se, o elemento que a distingue não é a atividade probatória em si, mas o seu escopo específico de somente influenciar no valor a ser dado pelo juiz a determinada prova. Dito de outra forma, a metaprova tem o condão de aumentar, diminuir ou retirar a qualidade de outra prova. E, como tal, pode ser derivada de qualquer fonte de prova”. SALGADO, Daniel de Resende. **A metaprova no processo penal**: seu perfil conceitual e funcional e o controle racional da fiabilidade da prova. Salvador: Juspodivm, 2023. p. 184. Jordi Ferrer-Beltrán utiliza a nomenclatura “provas de segunda ordem” ou “provas sobre provas”. FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova**. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 128-129.

³⁰⁴ Daniel Resende de Salgado destaca que essa metaprova tem um propósito útil no processo: “o de servir como metaprova, a integrar maior magnitude o raciocínio inferencial para confirmação ou não de declaração tomada na fase pré-processual, em casos de ‘provas’ judicialmente irrepetíveis”. SALGADO, Daniel de Resende. **A metaprova no processo penal**: seu perfil conceitual e funcional e o controle racional da fiabilidade da prova. Salvador: Juspodivm, 2023, p. 243.

³⁰⁵ No julgamento do HC 776.333/ES, consta do voto da Ministra Relatora o seguinte trecho: “Isso porque, o entendimento atual desse Tribunal é no sentido de que ‘o testemunho de ‘ouvir dizer’ ou *hearsay testimony* não é suficiente para fundamentar a pronúncia, não podendo esta, também, encontrar-se baseada exclusivamente em elementos colhidos durante o inquérito policial, nos termos do art. 155 do CPP”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 776333/ES (2022/0320212-5)**. Relatora: Min. Daniela Teixeira, 11 jun. 2024. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203202125&dt_publicacao=19/06/2024. Acesso em: 28 ago. 2024.

souber e explicar as razões de sua ciência, ou as circunstâncias em que se pode avaliar a sua credibilidade. Em outros termos, é conferida por lei ao juiz a liberdade de valorar a credibilidade do testemunho prestado. A inclusão do testemunho de ouvir dizer visa estabelecer um padrão probatório mais elevado, pois o depoimento de uma pessoa que não presenciou os fatos é considerado insuficiente para uma condenação³⁰⁶.

No âmbito do processo civil, a produção sobre *standard* probatório é inferior ao que é produzido atualmente no Brasil se comparada ao processo penal. Dentre os modelos de constatação apontados, vigora para o processo civil o modelo da preponderância de provas e o modelo da prova clara e convincente. A natureza do modelo de constatação depende das questões discutidas. Se as questões são meramente patrimoniais, deve ser observado o padrão probatório da preponderância das provas³⁰⁷. Caso, no processo, sejam discutidas questões que transcendam a dimensão meramente patrimonial, da qual possa implicar sanções, deve ser observado o modelo da prova clara e convincente³⁰⁸.

São realizadas algumas abordagens no contexto de alguns processos punitivos não penais, tais como na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) e na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013). Há divergência no âmbito da doutrina em relação aos padrões probatórios, pois alguns sustentam, em razão da gravidade das sanções presentes, embora não dotadas de natureza penal, deve ser aplicada a ideia da presunção de inocência e o padrão probatório da prova além da dúvida razoável. Outros autores, conforme ponderado

³⁰⁶ Antônio Henrique Graciano Suxberger critica a forma como o transplante do *hearsay* é feito pelo Superior Tribunal de Justiça, com base na análise de julgados desse Tribunal Superior. Assim conclui o autor: “Como se vê, a insistente e cada vez mais reproduzida menção ao *hearsay* pelo STJ em seus julgamentos criminais não respeita o que seja o sentido jurídico da categoria no Direito norte-americano, de onde ele supostamente seria extraído, tampouco ajuda o Tribunal a fixar o que seja seu entendimento nos temas ali versados. A pesquisa jurisprudencial mostra que o que era uma referência tímida e deslocada tornou-se uma “lição” reproduzida em número cada vez mais elevado de julgados e por diversas vozes dentro do mesmo Tribunal. STJ pode – e deve – estabelecer o entendimento sobre valoração do testemunho indireto, padrões de inquirição de testemunhas para aclaramento das razões pelas quais declaram em juízo determinada verdade, bem assim elevar o padrão probatório para decisões de pronúncia ou mesmo sentença condenatória. Mas, para fazê-lo, deve fidelidade às categorias jurídicas que amparam a fundamentação das decisões, sob risco de criar mais confusão onde deveria justamente esclarecer”. SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. Lost in translation: o hearsay segundo o Superior Tribunal de Justiça. **Professor Douglas Fischer – PDF**, [s. l.], 21 abr. 2024. Disponível em: <https://temasjuridicospdf.com/lost-in-translation-o-hearsay-segundo-o-superior-tribunal-de-justica/>. Acesso em: 28 ago. 2024.

³⁰⁷ Ravi Peixoto exemplifica com as situações de obrigação de pagar quantia, obrigação de fazer, não fazer, de dar algo, uma ação de cumprimento ou descumprimento de contrato, uma indenização em decorrência de uma colisão de veículos. PEIXOTO, Ravi. **Standards probatórios no direito processual brasileiro**. Salvador: Juspodivm, 2024. p. 296.

³⁰⁸ Danilo Knijnik cita exemplos de modelos de constatação da prova clara e convincente que devem ser observados nos casos de destituição do poder familiar e de improbidade administrativa. O autor, ao falar desse modelo de constatação, dispõe o seguinte: “Por isso, a doutrina cuidou de formular um terceiro modelo de constatação, intermediário (inferior ao penal, superior ao não-penal)”. KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 38.

acima, sustentam que deve incidir o *standard* intermediário, que seria a prova clara e convincente³⁰⁹.

Outra medida cível que impõe uma sanção de natureza não penal é a internação compulsória. A Lei nº 10.216/2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental, prevê a internação psiquiátrica em três hipóteses, quais sejam: 1) internação voluntária, aquela que ocorre com o consentimento do usuário; 2) internação involuntária, aquela que é feita sem o consentimento do usuário, a pedido de terceiro; e 3) internação compulsória, aquela que é determinada pela Justiça (artigo 6º da referida Lei). A internação compulsória também pode ocorrer para usuário de drogas, sem a necessidade de atuação judicial, conforme prevê o artigo 23-A da Lei nº 11.343/2006.

No caso da internação compulsória, há uma restrição do direito e garantia fundamental da liberdade, sem que haja a previsão de prazo máximo para a medida. Além do mais, outra ponderação que deve ser feita é que essa medida vai de encontro ao modelo idealizado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), o qual estabelece a igualdade e não discriminação. O artigo 6º da Lei prevê que a regra é que a pessoa com deficiência seja considerada capaz e, caso seja demonstrada alguma situação que prejudique o seu discernimento para a manifestação da vontade, é enquadrada como relativamente incapaz para a prática de atos da vida civil. Em razão desse contexto, o grau de suficiência probatória para que haja uma determinação judicial de internação compulsória deve ser mais alto³¹⁰.

Outra situação que é destacada diz respeito à prisão civil em razão de uma dívida alimentar originária de uma relação de parentesco. A Constituição Federal autoriza a prisão civil na hipótese do devedor de obrigação alimentar e do depositário infiel (artigo 5º, LXVII). Contudo, em razão de tratados internacionais ratificados pelo Brasil, o Supremo Tribunal

³⁰⁹ Ravi Peixoto também entende pela aplicação do critério intermediário para as hipóteses de ações cíveis com imposição de sanção de natureza não penal: “Como visto anteriormente, no direito penal, não há exigência, por si só, da mais alta suficiência probatória, fazendo com que a tentativa de comparação, feita por alguns autores, entre os ilícitos não penais e os ilícitos penais não imponha a aplicação automática do *standard de altíssima probabilidade da prova*. Nem sequer pode ser utilizado o argumento de que a presunção de inocência aplicar-se-ia aos ilícitos não penais e, por isso, haveria a exigência automática do mesmo *standard* da seara penal, eis que se trata de norma jurídica que não impõe a exigência do *standard* mais rigoroso. Haveria, no máximo, a existência de uma pressão normativa para que a decisão tenha um *standard* mais robusto, que levaria ao modelo de constatação intermediário”. PEIXOTO, Ravi. **Standards probatórios no direito processual brasileiro**. Salvador: Juspodivm, 2024. p. 285.

³¹⁰ PEIXOTO, Ravi. **Standards probatórios no direito processual brasileiro**. Salvador: Juspodivm, 2024. p. 286.

Federal entendeu pela ilicitude dessa segunda hipótese de prisão civil³¹¹. A prisão no caso adota como medida coercitiva ao cumprimento de uma obrigação. Embora a legislação preveja o regime fechado para cumprimento da sanção, deve ser ponderado que, do outro lado da relação jurídica, há um credor que necessita dos alimentos para subsistência. Por isso, tem-se entendido pelo critério da preponderância das provas³¹².

No processo civil, conforme pode ser observado, os graus de exigência probatória, podem variar a depender das questões discutidas, mas não se chega ao grau máximo previsto para uma sentença condenatória penal. O próprio processo penal pode apresentar graus de suficiência diversos de acordo com o momento em que se encontra. Uma última situação que merece análise no âmbito do processo civil diz respeito às tutelas provisórias. O artigo 294 do Código de Processo Civil estabelece que as tutelas provisórias podem ser de urgência (de natureza antecipada ou cautelar) e de evidência.

Quando se tratou da cognição do juiz, houve menção à clássica distinção entre cognição sumária e cognição exauriente. A cognição sumária é exercida nas tutelas provisórias e tem como requisitos para a sua concessão a probabilidade do direito e o perigo de dano (tutela de urgência antecipada), a probabilidade do direito e o risco ao resultado útil do processo (tutela de urgência cautelar), e a alta probabilidade do direito (tutela de evidência). A diferença entre a cognição sumária e a exauriente está em se oportunizar o contraditório. Dessa forma, em razão de a diferença não estar na qualidade da decisão, é possível asseverar que pode ser exigido o mesmo grau de suficiência probatória tanto para a tutela provisória quanto para a tutela definitiva³¹³.

No âmbito do processo civil, é debatida a possibilidade de instituição de *standards* probatórios por meio das convenções processuais. Conforme tratado na tese, o Código de Processo Civil estabelece a possibilidade de as partes se autorregularem por meio de negócios jurídicos processuais atípicos (artigo 190). A instituição de padrões probatórios pelas partes, no

³¹¹ Súmula Vinculante nº 25 do STF: “É ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

³¹² Ravi Peixoto faz essa ponderação no caso do devedor de alimentos e a decretação prisão civil: “No entanto, alguns motivos indicam que, para essa situação, também deve ser utilizado o *standard* civil da *preponderância de provas*. O primeiro deles é a distribuição dos riscos de erros, pois, mesmo que o processo envolva a possibilidade de prisão do réu, também precisa levar em conta os riscos de um falso negativo, que seria o de deixar um credor de alimentos sem aquelas verbas. Note-se que não é por acaso que a Constituição brasileira autoriza uma medida tão drástica para a efetivação da condenação em pagar alimentos, o que pode ser tido como um indicativo de uma valorização da situação jurídica do autor”. PEIXOTO, Ravi. **Standards probatórios no direito processual brasileiro**. Salvador: Juspodivm, 2024. p. 301.

³¹³ PEIXOTO, Ravi. **Standards probatórios no direito processual brasileiro**. Salvador: Juspodivm, 2024. p. 324.

caso de direitos disponíveis, garante a previsibilidade por meio de uma norma convencional. No entanto, devem ser observados alguns limites. Não se pode, por exemplo, instituir um *standard* probatório que inviabilize o acesso à justiça³¹⁴.

O objetivo deste capítulo foi identificar algumas regras jurídicas existentes no direito probatório para a formação do convencimento do julgador. O próprio sistema possibilita ao juiz, por meio de um raciocínio com maior grau de inferência, geralmente por meio da indução, chegar a um resultado sobre um determinado fato. Por conter uma maior cadeia de causalidade, há uma maior atuação do juiz no desenvolvimento desse *iter* a ser percorrido.

Os indícios e as presunções judiciais (máximas de experiência ou regras de experiência) são hipóteses de maior atividade cognitiva do juiz. Outro ponto que propicia uma maior atividade interpretativa do magistrado diz respeito ao sistema de valoração da prova. Vigora o sistema do (livre) convencimento motivado, a propiciar ao magistrado valorar livremente a prova (sem qualquer tarifação) e, em seguida, externar as razões do seu convencimento.

Na tentativa de impor um maior controle desse mandado normativo de valoração probatória, a teoria racionalista da prova busca definir um grau de suficiência probatória mínima, para que a hipótese fática seja considerada provada. A finalidade é tornar mais objetivo o raciocínio probatório, a evitar erro nas decisões judiciais, em razão de um possível excesso de subjetivismo no convencimento psicológico do juiz. Os *standards* probatórios podem ter níveis mais ou menos exigentes, a depender da situação fática.

Todavia, embora se reconheça a tentativa de tornar o sistema jurídico mais estável e dotado de maior segurança jurídica, há fatores, alguns inconscientes, que podem atuar na formação do convencimento do julgador (daquele juiz fiel aos fatos) e que não constarão em um processo na maioria das vezes. A teoria racionalista da prova, embora reconheça essa possibilidade, não a trata no contexto de valoração da prova pelo juiz³¹⁵. Esses possíveis outros

³¹⁴ Antônio do Passo Cabral aponta essa limitação: “consiste em verificar se o padrão fixado na convenção é tão intenso ao ponto de inviabilizar o direito fundamental de acesso à justiça, impedindo praticamente que um dos convincentes consiga comprovar os fatos que embasam sua pretensão. Aplica-se, por analogia, o limite previsto no art. 373, §3º, II, do CPC, que conduz à invalidade da convenção probatória quando ‘torna excessivamente difícil à parte o exercício do direito’”. CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais sobre os padrões probatórios*. In: VÁSQUEZ, Carmen; RAMOS, Vitor de Paula (org.). **Debatendo com Ferrer: standards de prova e subjetivismo em xeque**. Londrina: Thoth, 2024. p. 35.

³¹⁵ Jordi Ferrer-Beltrán, ao oferecer um panorama sobre os *standards* de prova, traz a seguinte ponderação: “A partir desse panorama, resta muito claro que os dois grandes males de que nos ocupamos são a subjetividade e a imprecisão. O primeiro pode ser evitado se os *standards* de prova forem formulados de modo a não remeterem à crença ou à convicção do julgador, nem à confiança que esse tiver em suas crenças. O segundo problema não pode ser eliminado completamente, mas sim reduzido ao máximo possível. Visto que o raciocínio probatório

fatores são extraídos da análise do comportamento judicial baseados na Antropologia, na Psicologia, na Neurociência e na Economia Comportamental.

não pode ser estruturado a partir da probabilidade matemática, os *standards* de prova não podem ser formulados com a precisão dos umbrais numéricos; resta-nos, pois, diminuir a vagueza própria da linguagem natural para poder influenciar a maneira mais precisa possível o umbral de suficiência probatória”. FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Prova sem convicção**: standards de prova e devido processo. Salvador: Juspodivm, 2022. p. 355-356.

4 OS FATORES EXTRAJURÍDICOS QUE PODEM INFLUENCIAR NA ANÁLISE DOS FATOS E DAS PROVAS

As regras jurídicas que foram tratadas anteriormente têm por finalidade impor limites à atuação do juiz na tomada de decisão. A partir de um sistema que busca controlar o magistrado para que ele se atenha àquilo que está estabelecido na Constituição Federal e nas leis, o comportamento que se espera é denominado de legalista. Essa é a própria ideia do Direito, ao pautar condutas por meio das normas jurídicas e controlar a vida dos cidadãos por meio de comportamentos desejáveis. Vide uma máxima no direito: *non quod est in actis non est in mundo*³¹⁶.

4.1 Comportamento judicial

O modelo ideal remonta ao início do século XX, momento da história que o ordenamento jurídico oferecia resposta para todos os problemas e aos juízes cabia somente reproduzir os textos legais, sem qualquer atividade criativa e interpretativa. A decisão judicial era uma atividade mecânica e decorria de um raciocínio silogístico, segundo o qual a norma era a premissa maior, os fatos do caso concreto consistiam na premissa menor e a decisão era uma conclusão de subsunção do fato à norma correspondente.

Entretanto, o magistrado, como todo ser humano, não é neutro. O neoconstitucionalismo e o sistema jurídico principiológico, com conceitos jurídicos abertos, necessitam da interpretação na tomada de decisão. Em algumas situações, devem ser ponderados interesses divergentes, e as questões colocadas para julgamento podem conter carga valorativa e com impacto na saúde, na educação, na economia, na previdência, ou seja, decisões impactantes nas políticas públicas. A ingenuidade está em acreditar que uma decisão judicial é pautada exclusivamente por fatores jurídicos³¹⁷.

³¹⁶ Patrícia Perrone Campos Mello, ao tratar do comportamento legalista, assim o define: “Quando o cidadão comum pensa na forma como os casos são julgados pelos tribunais, ele imagina um sistema pelo qual o direito de cada parte é predefinido por normas claras, a serem aplicadas por juízes imparciais, que proferirão a decisão mais correta para a solução de cada conflito. As decisões judiciais se legitimam, ao olhar do leigo, a partir da crença de que são baseadas em critérios objetivos e neutros, determinados pelo direito, e não em atos de vontade produzidos pelo julgador, com base em juízos subjetivos ou ideológicos. Essa visão idealizada do processo corresponde justamente ao primeiro modelo de comportamento judicial proposto pela doutrina: o modelo legalista de decisão”. MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1.

³¹⁷ NOVELINO, Marcelo. **A influência de fatores extrajurídicos nas decisões do STF**. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 24.

José Carlos Barbosa Moreira, em um artigo jurídico que trata das provas atípicas, relatou duas situações concretas em que atuou como magistrado relator em um processo no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. O texto foi revisto de uma palestra proferida em 9 de agosto de 1993 na Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro. Os processos judiciais tratavam de casos a envolver direito das famílias e menores. Em uma das situações, houve a oitiva de dois menores que estavam confiados à guarda de um parente, depois da dissolução do vínculo matrimonial dos pais, para saber se deveriam passar as férias com o pai ou com a avó paterna³¹⁸.

O outro caso retrata um contexto de uma investigação de paternidade e a realização de uma inspeção judicial sobre pessoas. O artigo 481 do Código de Processo Civil prevê a possibilidade de o juiz inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato relevante para a decisão da causa. Pelo relato, o suposto pai, o menor e a mãe compareceram ao gabinete do magistrado e foi possível identificar a semelhança física do menor e do suposto pai³¹⁹.

A análise do comportamento judicial adentra no âmbito de outras áreas além do Direito, tais como a Economia Comportamental, a Psicologia e a Antropologia. Essas situações refletem a influência de fatores jurídicos e extrajurídicos que atuam sobre o processo decisório, dentre os quais o material jurídico ortodoxo (normas, precedentes vinculantes e dogmática); a subjetividade dos magistrados (o *background*, os valores morais, a ideologia) e a interação entre

³¹⁸ Ao tratar do primeiro caso concreto no artigo, Barbosa Moreira relata o seguinte: “E eu, sinceramente, não conseguia saber qual era a melhor solução; só com a leitura dos autos não era possível. E decidi-me – contrariando um pouco a praxe – a chamar os menores e ouvi-los. Achei que a melhor fonte eram os próprios menores. Eram dois adolescentes; afinal, tenho quatro filhos, e não é uma coisa inédita para mim conversar com adolescentes. Chamei-os aqui, levei-os primeiro ao bar, dei-lhes sorvete, mostrei-lhes a paisagem, a ponte, para ganhar confiança. Depois, falei sobre futebol... Levei uma tarde, mas valeu a pena, porque, quando eles estavam já mais descontraídos, o que disseram me deu a convicção sólida de que a avó era uma autêntica ‘megera’. Eles preferiam tudo a passar férias em casa dela. Os menores não eram partes no feito, nem foram ouvidos como testemunhas; mas foi uma oportunidade magnífica para mim de obter informações imprescindíveis para que se pudesse dar uma solução justa. No dia da sessão do Grupo, evidentemente, expus o que tinha ouvido dos menores, e a solução foi reduzir ao mínimo possível a permanência deles em casa da ‘megera’. Eis aí um exemplo que, provavelmente, deve ter tido análogos na experiência judicante de muitos dos que estão aqui presentes”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Provas atípicas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 19, n. 76, p. 114–126, out./dez. 1994. p. 116-117.

³¹⁹ Segundo o autor, “saltou-me aos olhos a grande semelhança entre certos traços fisionômicos do menor e os correspondentes do pai. Enquanto eu conversava, andando de um lado para outro, olhava de esguelha, sem, evidentemente, comentar o que quer que fosse. Fazia perguntas sobre a situação e, enquanto isso, observava, por exemplo, o feito da orelha, que é muito significativo, as pontas dos dedos e várias outras características, que chamaram a minha atenção. Bem que sei que não pode, nem se deve julgar só como base nesse tipo de elementos, que, evidentemente, comporta flexibilidade muito grande. Há pessoas que se assemelham enormemente e não têm nenhum parentesco. Mas, a respeito dessas pessoas, não há processo; não surge o problema. No caso, não era só isso, havia outros indícios. Em casos assim, a semelhança fisionômica tem certo papel”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Provas atípicas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 19, n. 76, p. 114–126, out./dez. 1994. p. 120.

os magistrados e outros agentes (os demais membros do Poder Judiciário, o Poder Executivo, o Poder Legislativo, a imprensa e a opinião pública).

Um marco histórico no desenvolvimento de fatores extrajurídicos é o realismo jurídico norte-americano. Trata-se de uma corrente teórica que surgiu nos Estados Unidos da América nas primeiras décadas do século XX como uma reação ao formalismo jurídico. Os realistas jurídicos acreditavam que o direito não pode ser entendido apenas como um sistema lógico de normas abstratas, mas que é influenciado por fatores sociais, econômicos, psicológicos e políticos. Os juízes, ao tomarem decisões, são influenciados por suas experiências pessoais e subjetivas, e não apenas pela aplicação estrita das regras legais.

A partir da constatação de que há fatores extrajurídicos que podem influenciar a tomada de decisão judicial, desenvolveu-se na literatura jurídica, notadamente no Direito norte-americano, modelos de comportamento judicial. O primeiro modelo é o modelo legalista, apresentado anteriormente. Esse modelo pode ser suficiente para solução de alguns casos mais simples e rotineiros, mas pode se mostrar insuficiente em situações que demandem maior grau interpretativo e valorativo.

A ideia de um pragmatismo jurídico, na versão defendida por Richard Posner, retrata a ideia de uma razoabilidade que deve nortear a decisão judicial, a implicar uma análise da consequência sistêmica. A norma jurídica deve ser analisada de acordo com a realidade social e, identificado o seu propósito, deve ser enfatizada a sua consequência e a sua razoabilidade. Além disso, deve ser realizado um juízo prospectivo, com foco no futuro. Não se está a falar na não observância da norma jurídica, mas a sua interpretação de forma sistemática e consequencialista³²⁰.

O realismo jurídico não nega a existência nem os efeitos das regras e princípios nas decisões judiciais. Contudo, possui um papel crítico acerca do seu papel no processo de tomada de decisão judicial, pois a principal premissa dos realistas é a indeterminação do Direito. Não há uma única resposta jurídica para os problemas legais. Essas outras questões, não jurídicas, não eram consensuadas entre os realistas, justificando a existência de alguns modelos de comportamento judicial, a depender das preferências ideológicas ou políticas. Também são

³²⁰ Segundo Richard Posner, “*The core of legal pragmatism is pragmatic adjudication, and its core is heightened judicial concern for consequences and thus a disposition to base policy judgments on them rather than on conceptualism and generalities. But rather than being a synonym for ad hoc adjudication in the sense of having regard only for the consequences to the parties to the immediate case, sensible legal pragmatism tells the judge to consider systemic, including institutional, consequences as well as consequences of the decision in the case at hand*”. POSNER, Richard. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008. p. 238.

apontados preconceitos e peculiaridades pessoais, conscientes ou inconscientes, que podem influenciar uma decisão judicial.

Há uma distinção entre os fatores endógenos e fatores exógenos que podem influenciar uma decisão judicial. Os fatores endógenos estão relacionados a aspectos cognitivos e ideológicos, além de interesses pessoais no caso de um juiz infiel. Os fatores exógenos podem abordar fatores sociais, tais como a influência na formação do magistrado, experiências pessoais e profissionais, além da existência da mídia e da opinião pública e de fatores institucionais. Dentre os fatores endógenos, o realista Joseph C. Hutcheson Jr. destaca o *hunch* ou palpite. Esse fator parte de uma intuição³²¹ nos casos difíceis e complicados, quando há bons argumentos para ambos os lados³²².

A intuição no julgamento coloca em xeque a ideia de que a única fonte do conhecimento é a razão. A Psicologia descreve, do ponto de vista normativo, uma mudança do racionalismo para o intuicionismo, cujo movimento, notadamente da Neurociência e da Psicologia Social, a partir da década de 1990, mostrou o poder dos processos intuitivos e automáticos. Apontam-se três princípios dessa nova concepção: as intuições vêm em primeiro lugar, o raciocínio estratégico em segundo; há mais na moralidade do que apenas dano e equidade; e a moralidade tanto conecta quanto cega³²³. A tomada de decisão judicial e a Neurociência serão tratadas ainda neste capítulo, em tópico posterior.

A situação anteriormente relatada no texto de José Carlos Barbosa Moreira, que envolvia uma investigação de paternidade e as semelhanças físicas entre o suposto pai e a criança ou o adolescente, demonstra um contexto de intuição do julgador. É inerente ao ser

³²¹ Sergio Nojiri, ao falar da intuição no realismo jurídico, destaca o seguinte: “Hutcheson, Radin e outros realistas foram muito felizes em apontar os traços característicos do processo de tomada de decisão judicial e, por consequência, seus problemas. De fato, julgar casos não é exatamente se valer apenas das deduções ou interpretações de textos legais e de precedentes judiciais disponíveis. Existe pelo menos um componente da decisão que é frequentemente ignorado pela doutrina tradicional e que é muito bem explorado pelos realistas que é a intuição (*hunch*)”. NOJIRI, Sergio. **Emoção e Intuição**: como (de fato) se dá o processo de tomada de decisão judicial. Belo Horizonte: Arrais, 2021. p. 33.

³²² Joseph C. Hutcheson Jr. apresenta um conceito de intuição, o qual seria um lampejo intuitivo que relaciona a questão e a decisão, abrindo um caminho de luz no ponto em que o caminho é escuro. Conforme o autor, “*While when the case is difficult or involved, and turns upon a hairsbreadth of law or of fact, that is to say, when there are many bags on the one side and on the other and Judge Bridlegoose would have used his ‘little small dice,’ I, after canvassing all the available material at my command, and duly cogitating upon it, give my imagination play, and brooding over the cause, wait for the feeling, the hunch—that intuitive flash of understanding which makes the jump-spark connection between question and decision, and at the point where the path is darkest for the judicial feet, sheds its light along the way*”. HUTCHESON JR., Joseph C. Judgment Intuitive: The Function of the Hunch in Judicial Decision. **Cornell Law Review**, New York, v. 14, p. 274-285, 1929. p. 278.

³²³ HAIDT, Jonathan. A psicologia moral e o direito: como as intuições direcionam o raciocínio, o julgamento e a busca por evidências. In: NOJIRI, Sérgio (org.). **O direito e as suas interfaces com a psicologia e a neurociência**. Curitiba: Appris, 2019. p. 21.

humano a tomada de decisão; trata-se de uma atividade rotineira. A escolha por percorrer um determinado trajeto no trânsito, ou mudar a rota, adquirir um determinado produto ou serviço, realizar uma viagem para determinado local ou não viajar. Das decisões que são tomadas pelo ser humano, algumas podem conter um aspecto intuitivo.

Malcolm Gladwell, na obra *Blink*, descreveu a investigação de autenticidade de uma estátua oferecida a um museu na Califórnia pelo preço aproximado de dez milhões de dólares. Dentre os vários especialistas que foram consultados, Evelyn Harisson, ao retirar o pano que cobria a estátua, teve um palpite e uma sensação instintiva de que algo estava errado. Outro especialista, Thomas Hoving, anotou a primeira palavra que lhe passou pela cabeça quando viu a estátua: “viçosa”, a qual não era a melhor reação para uma obra de mais de dois mil anos³²⁴.

Para o autor acima mencionado, muitas das decisões tomadas de forma rápida, em segundos ou “num piscar de olhos” podem ser tão boas ou até melhores do que as decisões realizadas com uma análise mais lenta, deliberada e detalhada. A parte do cérebro que chega rapidamente às conclusões é chamada de “inconsciente adaptável”, que seria um computador interno que processa muitos dados de forma rápida e silenciosa. Contudo, esse processo de decisão rápida não é infalível, pois podem ser gerados alguns vieses, os quais serão tratados no item seguinte³²⁵.

Daniel Kahneman, psicólogo e vencedor do Prêmio Nobel de Economia, relata duas formas de pensar, “rápido” e “devagar”. O Sistema 1, rápido, é intuitivo, automático e emocional. A imagem de uma pessoa conhecida ou contextos de emergência retratam situações de tomada de decisões rápidas. O Sistema 2, devagar, é mais deliberado, lógico e consciente. Esse sistema exige uma maior reflexão e análise. Ele é utilizado para o enfrentamento de

³²⁴ GLADWELL, Malcolm. **Blink**: a decisão num piscar de olhos. Rio de Janeiro: Sextante, 2016. p. 9.

³²⁵ Malcolm Gladwell exemplifica o seu entendimento sobre a decisão “num piscar de olhos”: “O mundo em que vivemos presume que a qualidade de uma decisão está diretamente relacionada ao tempo e ao esforço dedicados à sua tomada. Quando os médicos enfrentam um diagnóstico difícil, pedem mais exames, e se não confiamos no que ouvimos, buscamos uma segunda opinião. E o que costumamos dizer aos nossos filhos? A pressa é inimiga da perfeição. Olhe antes de saltar. Pare e pense. Não julgue um livro pela capa. Acreditamos que é sempre melhor colher o máximo de informações e investir o máximo de tempo deliberando sobre elas. Confiamos somente na tomada de decisões consciente. Mas há momentos, particularmente os de estresse, em que a pressa não é inimiga da perfeição: quando o primeiro julgamento e a primeira impressão podem oferecer um meio muito melhor de entender o mundo. A primeira tarefa de *Blink* é convencê-lo de um fato simples: decisões tomadas muito depressa podem ser tão boas quanto decisões tomadas de forma cautelosa e deliberada. Mas *Blink* não é apenas a afirmação do poder do relance. Também estou interessado naqueles momentos em que nossos instintos nos traem”. GLADWELL, Malcolm. **Blink**: a decisão num piscar de olhos. Rio de Janeiro: Sextante, 2016. p. 17.

atividades mais complexas que necessitam de decisões ponderadas, tais como responder a uma questão matemática difícil ou tomar uma decisão financeira importante³²⁶.

O autor pondera que, embora o Sistema 1 seja eficiente na maioria das situações rotineiras, esse sistema também é propenso a vieses e distorções cognitivas, tais como os vieses cognitivos e os efeitos da ancoragem. O Sistema 2 é mais lento, porém mais preciso. É alertado para os limites da intuição e o incentivo para que as decisões sejam mais conscientes e críticas, notadamente nos contextos em que são atos mais complexos e que necessitam de uma maior reflexão³²⁷.

A questão do inconsciente que atua na tomada de decisão judicial também pode ser analisada na perspectiva de um inconsciente social. A interpretação de pessoas sem comunicação verbal, por meio da criação de uma “teoria” sobre o que os outros estão pensando e sentindo, o julgamento pela aparência e pela voz, a dinâmica entre grupos e a natureza das emoções são aspectos que podem influenciar inconscientemente a tomada de decisão judicial, dependendo do contexto em que o indivíduo está inserido. Essa situação evidencia a possível incidência de preconceitos e ideologias.

A análise do ser humano pode se mostrar ainda mais complexa quando se analisa a sua personalidade. Aqui não está a tratar do conceito jurídico de personalidade, previsto no artigo 1º do Código Civil, que é trazido na perspectiva de uma capacidade de direito para a prática de atos da vida civil, mas um conceito de individualidade, um conjunto único de características e de padrões de comportamento que torna aquela pessoa com identidade quanto às suas emoções, motivações e interações com o meio social. Essa personalidade mais se aproxima do contexto dos direitos da personalidade, ínsitos à natureza humana e que são tutelados pelo Direito antes do nascimento com vida e após a morte em um rol exemplificativo nos artigos 11 a 21 do Código Civil.

³²⁶ Daniel Kahneman, ao descrever os dois sistemas: “O *Sistema 1* opera automática e rapidamente, com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntário. O *Sistema 2* aloca atenção às atividades mentais laboriosas que o requisitam, incluindo cálculos complexos. As operações do Sistema 2 são muitas vezes associadas com a experiência subjetiva de atividade, escolha e concentração”. KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 29.

³²⁷ Daniel Kahneman, ao tratar da interação entre os dois sistemas, afirma: “Na história que vou contar, os Sistemas 1 e 2 estão ambos ativos sempre que estamos despertos. O Sistema 1 funciona automaticamente e o Sistema 2 está normalmente em um confortável modo de pouco esforço, em que apenas uma fração de sua capacidade está envolvida. O Sistema 1 gera continuamente sugestões para o Sistema 2: impressões, intuições, intenções e sentimentos. Se endossadas pelo Sistema 2, impressões e intuições se tornam crenças, e impulsos se tornam ações voluntárias. Quando tudo funciona suavemente, o que acontece na maior parte do tempo, o Sistema 2 adota as sugestões do Sistema 1 com pouca ou nenhuma modificação. Você geralmente acredita em suas impressões e age segundo seus desejos, e tudo bem – normalmente”. KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 33-34.

A personalidade da pessoa humana possui mais de uma identidade. A diferença pode ser verificada quando uma pessoa tem 30 anos e quando ela tem 50 anos, a depender do ambiente social. Essa mudança pode ser verificada em algumas pessoas no decorrer do dia, a justificar uma determinada atitude se está de bom humor ou de mau humor. O comportamento pode variar de acordo com a relação em que a pessoa está inserida em determinado momento, se diz respeito a um ambiente de trabalho ou a uma confraternização de amigas ou amigos.

A tomada de decisão em um processo judicial pode variar pelo fato de o magistrado ter ou não se alimentado. Em um estudo empírico elaborado por Shai Danziger, Jonathan Levav e Liora Avnaim-Passo, foram coletados dados de mais de mil decisões judiciais e retratavam um contexto de concessão de liberdade. Após a coleta e tratamento dos achados, identificou-se uma maior probabilidade de uma decisão favorável de concessão de liberdade no início do dia de trabalho ou após uma pausa do almoço³²⁸.

Outro fator emocional que pode influenciar na tomada de decisão judicial diz respeito a um contexto de fadiga decisória. Quando uma pessoa está submetida a uma situação de excesso de trabalho, a envolver decisões a serem tomadas, a tendência é que a pessoa mantenha uma posição que denote menor esforço, a justificar, conforme será exposto posteriormente, um possível viés de confirmação em razão da condição de se manter dentro daquilo que é o padrão que se adota comumente.

No ano de 2019, o Conselho Nacional de Justiça reconheceu como boa prática judiciária³²⁹, pelo eixo temático Conciliação e Mediação, o Projeto Adoce, que decorreu de uma pesquisa empírica. Houve a utilização de outras áreas do conhecimento, tais como a Fisiologia, a Bioquímica e a Glicobiologia, para que fosse demonstrado, por meio de experimento, que o

³²⁸ DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan; AVNAIM-PESSE, Liora. Extraneous factors in judicial decisions. **Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America**, Washington, v. 108, n. 17. p. 6889-6892, 2011. Disponível em: <https://doi.org/10.1073/pnas.1018033108>. Acesso em: 9 set. 2024. Ao final do artigo, os autores concluem que a caricatura de que a Justiça é o que o juiz comeu no café da manhã pode ser uma afirmação apropriada para a tomada de decisão judicial. Essa é a visão de uma posição extrema do realismo jurídico.

³²⁹ A Portaria 140/2019 do Conselho Nacional de Justiça define a boa prática em seu artigo 4º, I: “experiência, atividade, ação, caso de sucesso, projeto ou programa, cujos resultados sejam notórios pela eficiência, eficácia e/ou efetividade e contribuam para o aprimoramento e/ou desenvolvimento de determinada tarefa, atividade ou procedimento no Poder Judiciário”. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Portaria 140, de 25 de setembro de 2019**. Brasília, DF: CNJ, 2019. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/portaria/portaria_140_25092019_26092019161702.pdf. Acesso em: 10 set. 2024. Fredie Didier Jr e Leandro Fernandez assim definem as boas práticas: “Sinteticamente, as *boas práticas na administração judiciária podem ser compreendidas como ações ou comportamentos (no âmbito processual ou administrativo) ou arranjos institucionais direcionados ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional ou demais serviços da justiça*”. DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **O Conselho Nacional de Justiça e o direito processual: administração judiciária, boas práticas e competência normativa**. Salvador: Juspodivm, 2024. p. 144.

uso de glicose, na forma de suco de uva, aumentava o número de acordos nas audiências de conciliação nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos em mais de 30%.

A glicose é o principal combustível do cérebro humano e, uma vez ingerida, os neurotransmissores atingem um nível de recompensa cerebral, o que gera uma sensação de bem-estar e satisfação. A partir desse estado de coisas, as pessoas se comunicam melhor e têm uma tendência de melhor negociação. Os testes foram feitos em dois grupos e a um deles foi fornecido suco de uva. O grupo de controle que manteve apenas água obteve um índice de aproximadamente 40%. O outro grupo, que ingeriu suco de uva, atingiu um patamar de autocomposição superior a 70%. O experimento teve acompanhamento de uma equipe médica e de nutricionistas³³⁰. O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás institucionalizou essa política pública por meio do Decreto Judiciário nº 184/2021³³¹.

Essa situação demonstra que há fatores que não constam no processo e que podem influenciar a tomada de decisão. Não se trata propriamente de uma decisão judicial, mas a prática decisória, ao realizar uma autocomposição, com a utilização de elementos extrajurídicos e abordagem interdisciplinar, demonstra que a ingestão de glicose em alimentos de sabor doce pode fomentar, estatisticamente, o aumento do índice de conciliação da política pública judiciária de solução adequada de conflitos³³².

Essa política pública da solução de conflitos por meio da autocomposição é evidenciada no Código de Processo Civil, que prevê expressamente no artigo 3º, §2º, que o

³³⁰ Segundo a autora Aline Vieira Tomás, ao falar do experimento: “Para tanto, consiste na separação de audiências de conciliação da mesma natureza em duas salas distintas: grupo experimental/ tratamento e grupo de controle. Trata-se de duas amostras aleatórias, simples e independentes, rigorosamente recolhidas da mesma população pesquisada (partes e advogados de uma mesma unidade jurisdicional) e formadas a partir de demandas submetidas ao Poder Judiciário por iniciativa das partes (princípio da inércia da jurisdição) conforme a ordem cronológica dos protocolos judiciais, sendo aleatórias, portanto. Para o primeiro grupo (experimental/ tratamento), é manipulado o oferecimento de glicose, na forma de suco de uva (200mL/ pessoa), antes do início da sessão de conciliação. Para o segundo grupo (controle), apenas água é servida. Ao término das conciliações, são observados os resultados alcançados — realização ou não de acordo —, sendo que, para cada mês da pesquisa, os dados colhidos nos dois grupos amostrados são estatisticamente tratados para eventual replicação em outros experimentos similares, satisfazendo o preconizado nos critérios de uma pesquisa empírica capaz de aferir a maior ou menor efetividade de uma política pública”. TOMÁS, Aline Vieira. Resultados alcançados pelo projeto Adoce: acordos após ingestão de glicose observados em conciliações judiciais (processuais) e extrajudiciais (pré-processuais). **Revista Eletrônica CNJ**, Brasília, DF, v. 4, n. 2, p. 212-232, 2020. p. 214. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ojs/revista-cnj/issue/view/6/6>. Acesso em: 10 set. 2024.

³³¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS. **Decreto Judiciário nº 184/2021**. Goiânia, 22 jan. 2021. Disponível em: https://tjdocs-prd.s3.tjgo.jus.br/2021/66/60/6660238297a39afa926f0db9786afc7e/000000568869-original.pdf?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DDDJJE_3160_I_26012021.pdf&response-content-type=application%2Fpdf&AWSAccessKeyId=AKIA22A21DDCCE01274E&Expires=1729736550&Signature=TVYFTO8fW00o5AtPeYb%2B4XrLMMY%3D. Acesso em: 9 set. 2024.

³³² TOMÁS, Aline Vieira. Resultados alcançados pelo projeto Adoce: acordos após ingestão de glicose observados em conciliações judiciais (processuais) e extrajudiciais (pré-processuais). **Revista Eletrônica CNJ**, Brasília, DF, v. 4, n. 2, p. 212-232, 2020.

Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. Também prevê no §3 do mesmo artigo que os atores processuais deverão estimular a solução consensual dos conflitos, inclusive no curso do processo. A busca por essa solução adequada também está presente na regulamentação dos conciliadores e mediadores (artigos 165 a 175), com a definição da criação pelos Tribunais dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos (CEJUSC)³³³.

Outro aporte teórico interdisciplinar que está a ser discutido pelo direito para a tomada de decisão e a solução por meio da autocomposição é a utilização das constelações familiares. O desenvolvimento das constelações familiares teve início com base nos trabalhos de Bert Hellinger. São apontadas algumas contribuições para a compreensão das ordens e desordens nas relações interpessoais e suas consequências nos mais variados níveis de relacionamentos, desde o núcleo familiar até um povo ou nação.

A construção desse conhecimento afasta-se da tradicional forma de construção do conhecimento científico, pois não se ocupa com a explicação racional da relação de causa e efeito ou com a previsibilidade de certos fenômenos, a adotar uma postura aberta para a experiência que está por vir. Não há preocupação com conceitos ou amarras e há uma abordagem fenomenológica³³⁴.

No âmbito do Direito, notadamente do direito das famílias, busca-se a resolução de conflitos familiares e emocionais por meio da identificação de padrões negativos que podem ser transmitidos entre gerações, a afetar os membros da família ao longo do tempo. No contexto jurídico, a aplicação da constelação familiar é conhecida como “Justiça Sistêmica” e há o foco na mediação. Em razão do seu caráter de construção fora do conhecimento científico

³³³ A primazia da solução consensual dos conflitos adota o paradigma da justiça multiportas. Segundo Fredie Didier Jr. e Leandro Fernandez: “O incentivo ao uso de modos variados para a solução dos problemas jurídicos é o eixo central da política nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses, institucionalizada pelo Conselho Nacional de Justiça a partir de 2010, com a Resolução nº 125. Ela consagra a justiça multiportas como política pública no Brasil e determina que o próprio Poder Judiciário ofereça, de acordo com as características do conflito, diferentes ‘portas’ para a sua resolução e oriente os cidadãos a respeito da possibilidade de utilização de outros mecanismos para a solução de problemas jurídicos (‘portas’ externas, pois, ao Tribunal). DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **O Conselho Nacional de Justiça e o direito processual**: administração judiciária, boas práticas e competência normativa. Salvador: Juspodivm, 2024. p. 44-45.

³³⁴ Ao falar da fenomenologia, assim a descreve Bert Hellinger: “A fenomenologia é um método filosófico. Para mim a fenomenologia significa: Eu me exponho a um contexto mais amplo sem compreendê-lo. Eu me exponho a esse contexto sem a intenção de ajudar e sem a intenção de provar algo. Eu me exponho a ele sem medo do que poderá vir à luz. Tampouco tenho medo de que algo assustador venha à tona. Eu me exponho a tudo, assim como se apresenta”. HELLINGER, Bert. **Constelações familiares**: o reconhecimento das ordens do amor. São Paulo: Cultrix, 2007. p. 30.

tradicional, a aplicação da metodologia das constelações familiares é discutida sobre o seu enquadramento como um método consensual de solução de conflitos³³⁵.

Após a análise do modelo legalista e dos fatores extrajurídicos que podem influenciar a tomada de uma decisão não necessariamente jurídica, retoma-se a análise dos modelos de comportamento judicial. Segundo o modelo atitudinal, a conduta de um magistrado pode ser pautada pela ideologia. Como o realismo jurídico tem base no Direito norte-americano, esse modelo é explorado no contexto estadunidense em que há dois partidos (Democratas e Republicanos)³³⁶ em que o presidente pode nomear o *Justice*³³⁷ de acordo a sua ideologia³³⁸.

No Brasil, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, os ministros são indicados e nomeados pelo Presidente da República, após sabatina e aprovação pelo Senado Federal. Segundo a Constituição Federal, artigo 101, a escolha deve recair sobre cidadãos com mais de 35 e menos de 70 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Ressalvado o requisito objetivo da idade, os demais requisitos são atos políticos do Chefe do Poder Executivo Federal.

³³⁵ O reconhecimento da constelação familiar como método de solução consensual de conflito foi objeto de julgamento pelo Conselho Nacional de Justiça (Pedido de Providências 0001888-67.2019.2.00.0000). A requerente Associação Brasileira de Constelações Sistêmicas requereu a regulamentação de ato normativo para a formação e atuação dos consteladores sistêmicos, bem como para uniformizar o procedimento de constelação sistêmica no âmbito dos métodos consensuais de resolução de conflitos aplicados ao Judiciário. O voto do relator, Conselheiro Marcio Luiz Freitas, ao final, manifestou pela não regulamentação pelo Conselho e propôs uma alteração no artigo 9º da Resolução 254/2019, para, no §3º do artigo 9º, vedar a utilização da Constelação Familiar Sistêmica pelos Tribunais a respeito do papel das mulheres ou da configuração familiar, bem como que tenha a possibilidade de submeter as vítimas de crimes a situação de revitimização. A situação é justificada por uma possível violência institucional contra a mulher”. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Revista CJN**. Brasília, DF: CNJ, 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ojs/revista-cnj/issue/view/16/16>. Acesso em: 10 set. 2024. Em consulta realizada no dia 02 de novembro de 2024, o julgamento ainda não foi concluído.

³³⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 57.

³³⁷ João Carlos Souto aponta o *First Judiciary Act* (1789) como o primeiro projeto de Lei aprovado pelo Congresso e sancionado pelo presidente que disciplinou temas importantes ao Poder Judiciário. Segundo o autor, “Entre eles, a composição da Suprema Corte que ficou estabelecida em seis membros, sendo um *Chief Justice* e cinco *Associate Justices*. Observe que o legislador infraconstitucional utilizou a terminologia diferente (*Justices*) da que se valeu o Constituinte Originário (*Judges*) para se referir aos integrantes da Corte Suprema”. SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. 4. ed. Barueri: Atlas, 2021. p. 107.

³³⁸ Segundo Richard Posner, “Other evidence of a judge's política! leanings is sometimes used in lieu of the party of the appointing President, such as preconfirmation editorials discussing the politics or ideology of a judicial nominee. A neglected possibility is a fourfold classification in which the intermediate categories would consist of judges appointed when the President and the Senate majority were of different parties (“divided government”). POSNER, Richard. **How judges think**. Cambridge: Harvard University, 2008. p. 20. Jeffrey A. Segal e Harold J. Spaeth apontam o caso *Bush v. Gore* como o primeiro caso aparente de julgamento partidário na Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Segundo os autores, “While *Bush v. Gore* undoubtedly serves as a prime example of attitudinal decision making, we cannot generalize from a single case”. SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. **The Supreme Court and the attitudinal model revisited**. New York: Cambridge University Press, 2002. p. 3.

Em razão da existência desses requisitos, o processo de seleção dos ministros do Supremo Tribunal Federal é um ato político. As convicções ideológicas dos candidatos, eventual afinidade com o projeto político do Chefe do Executivo e apoio que podem angariar influenciam essa escolha. Contudo, durante a sabatina no Senado Federal e após estarem empossados, os ministros declaram que a sua função é julgar com independência e de acordo com a sua consciência e convicções pessoais.

Um outro aspecto que pode ser inserido no modelo ideológico e trata da subjetividade do magistrado diz respeito ao seu *background*. As influências da formação social por meio da filiação político-partidária, religiosa, classe social, além das experiências pessoais e profissionais pretéritas, podem justificar a incidência de fatores extrajurídicos na tomada de decisão judicial, embora não se tenha demonstrado, de forma satisfatória, que atributos pessoais possam ser usados como indicadores do comportamento judicial.

Na realidade estadunidense, a filiação político-partidária é apontada como um indicador de comportamento futuro dos juízes, em razão da polarização entre Partido Democrata e Partido Republicano, com posições ideológicas bem definidas. No Brasil, os diagnósticos que foram identificados entre os ministros que compuseram e compõem o Supremo Tribunal Federal demonstram a formação de grupos de identificação³³⁹, a depender da afinidade pela família e pelos amigos, do meio acadêmico e da formação profissional.

Essa identificação por meio de grupos também pode surgir em razão de uma convicção religiosa³⁴⁰, da classe social de origem e da formação profissional. Dentre as ministras e os ministros do Supremo Tribunal Federal, há integrantes das mais variadas carreiras jurídicas, seja da magistratura, da advocacia pública e privada, do Ministério Público. Os juízes que são egressos da advocacia tendem a observar a opinião de seus ex-colegas de trabalho, da mesma forma que um juiz de carreira tem uma maior preocupação com a recepção de suas decisões pelos colegas de magistratura³⁴¹.

³³⁹ Ao tratar dos grupos de identificação, Patrícia Perrone Campos Mello assim os apresenta: “Tal como o próprio nome sugere, a adesão a tais grupos tem por base um sentimento de semelhança com seus membros, sentimento este que gera uma identidade, fruto de experiências e de valores compartilhados”. MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 123-124.

³⁴⁰ Marcelo Novelino aponta um estudo realizado nos Estados Unidos da América que identificou uma maior tendência a apoiar pretensões punitivas do Estado entre juízes protestantes do que entre juízes católicos. A propensão é ainda maior entre juízes protestantes de alta renda. NOVELINO, Marcelo. **A influência de fatores extrajurídicos nas decisões do STF**. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 206-207.

³⁴¹ Patrícia Perrone Campos Mello conclui sobre os grupos de identificação: “Como a identidade é firmada na interação com o outro e como os juízes são humanos, os grupos com os quais se identificam influenciam sua visão de mundo e seu comportamento judicial, de forma consciente ou, até mesmo, de forma inconsciente. A depender de quão estruturante um grupo seja para a subjetividade de uma pessoa, a influência daquele sobre os valores desta pode lhe ser imperceptível – como é o caso da família e também pode ser o caso da religião.

Além da filiação político-partidária, a política também pode ser um fator extrajudicial a influenciar uma tomada de decisão judicial, tanto na perspectiva dos aspectos internos ao Judiciário como em relação aos demais poderes. Na relação entre os poderes, há uma judicialização da política³⁴²; no âmbito interno do Poder Judiciário, a política pode ser identificada para a obtenção de uma função comissionada ou de uma promoção por merecimento³⁴³.

A existência da política como fator extrajudicial pode ensejar um comportamento estratégico do magistrado, a qual tem como paradigma a teoria da escolha racional. Essa teoria parte do princípio de que os indivíduos tomam decisões baseadas em uma análise racional, a buscar ao máximo os seus benefícios pessoais e minimizar os seus custos. Pressupõe que as pessoas são agentes racionais que fazem escolhas com base em seus interesses e nas informações que possuem³⁴⁴.

A teoria da escolha racional tem relação com a teoria dos jogos, pois ambas compartilham o conceito central de que os indivíduos tomam decisões de forma racional. A teoria dos jogos, de maneira mais específica, modela situações em que a decisão de um agente não depende apenas de suas próprias escolhas, mas das escolhas de outros agentes, a considerar

A força da influência que tais grupos exercem sobre o processo de decisão de um juiz contribui para conformar a argumentação e suas decisões mesmo quando estas venham a divergir do que pensam ou propõem tais grupos, orientando de algum modo suas colocações e levando os juizes a estabelecerem um diálogo com os referidos grupos, através de seus votos e de seus fundamentos”. MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 146.

³⁴² Fabrício Castagna Lunardi exemplifica a judicialização da política: “A judicialização da política pura ou da megapolítica (controvérsias políticas centrais que definem políticas inteiras) inclui, por exemplo, a judicialização de processos eleitorais, a revisão judicial da transformação do regime e, sobretudo, a judicialização da identidade coletiva formativa, que compreende o processo de construção da nação e lutas políticas pela própria definição, ou seja, a razão da própria política. Essa seria a judicialização da política no mais alto grau”. LUNARDI, Fabrício Castagna. **O STF na política e a política no STF: poderes, pactos e impactos para a democracia**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 45.

³⁴³ Este entrelaçamento entre Direito e Política é destacado por Barry Friedman, o qual prevê a política como qualquer influência apresentada por instituições legítimas ou um ator político individualmente considerado. FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. **Texas Law Review**, Austin, v. 84. n. 2, p. 257-337, 2005. p. 271.

³⁴⁴ Lawrence Braum, ao falar da atuação política do magistrado: “*Institutional attributes aside, individual judges surely differ in the weight they give to public approval. This variation probably correlates with judges’ backgrounds. Some judges reach their positions after immersing themselves in electoral politics as a vocation or avocation. The choice to take that path may reflect interest in public approval, an interest that judges would bring to the bench. Further, political experience in itself enhances the relevance of the public to a judge. Those who achieve judgeships without that experience and those whose pre-judicial careers are in elite settings such as corporate law practice are less likely to think about how they are viewed by the general public. Thus the influence of public opinion on judges can be posited to increase with their prior experience in electoral politics*”. BRAUM, Lawrence. **Judges and their audiences: a perspective on judicial behavior**. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 71.

a interdependência estratégica. Em sua essência, a teoria dos jogos busca entender e prever como os agentes racionais se comportam em situações de competição e cooperação³⁴⁵.

Uma situação que pode ser evidenciada no caso do comportamento estratégico diz respeito ao julgamento realizado pelos órgãos colegiados dos tribunais, bem como o julgamento monocrático realizado pelo relator. A retirada de pauta de um determinado julgamento para não decidir no momento³⁴⁶ e a construção de uma jurisprudência defensiva são alguns dos mecanismos que podem refletir um comportamento estratégico em um tribunal. O denominado poder de agenda (*agenda setting*), no caso do Supremo Tribunal Federal, é exercido a partir de um movimento convergente com a imprensa, que cada vez mais lhe cede espaço em suas páginas principais. O objetivo é identificar a influência dos meios de comunicação na formação da opinião pública³⁴⁷.

Além desses aspectos, há outros fatores extrajurídicos que podem influenciar a tomada de decisão, tais como o tempo e o modo do julgamento. O tempo de um julgamento é um fator que deve ser levado em consideração na tomada de decisão. Os estudos acerca da memória humana, que serão tratados no capítulo seguinte ao se falar sobre as provas dependentes da memória, apontam que é inerente ao ser humano um déficit atencional a partir de longa exposição a um determinado contexto. Além disso, há o cansaço que pode ser ocasionado após julgamentos longos e estressantes³⁴⁸.

³⁴⁵ Jon Elster trata da natureza e da finalidade da teoria da escolha racional: “*The theory of rational choice is, before it is anything else, a normative theory. It tell us what we ought to do in order to achieve our aims as well as possible. It does not tell us what our aims ought to be*”. ELSTER, Jon. **Rational choice**. New York: New York University Press, 1986. p. 1. Alexandre Morais da Rosa, ao tratar da teoria dos jogos aplicada ao processo penal, assim prevê: “*No caso no processo penal, a Teoria dos Jogos pode ser utilizada tanto para fundamentar a estratégia processual quanto como tática específica, possibilitando antecipação do comportamento entre dominante/dominado*”. ROSA, Alexandre Morais da. **Teoria dos jogos e processo penal: a short introduction**. 4. ed. Florianópolis: Emais, 2020. p. 58.

³⁴⁶ Andressa Lewandowski, em pesquisa de campo no Supremo Tribunal Federal, realizou uma entrevista com o Ministro Marco Aurélio, à época relator da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, que tratava da impossibilidade de interrupção de gestação de fetos anencefálicos. Houve uma decisão liminar pelo Ministro, que concedeu o pedido no dia anterior ao recesso forense. Após o retorno das atividades, a liminar foi pautada para referendo e foi cassada. Segundo a versão do Ministro: “Quando cassaram a minha liminar, eu percebi que a concepção era contrária ao pano de fundo. Então coloquei o processo na prateleira, porque não envolvia interesses subjetivos. Quando o Tribunal liberou as pesquisas com células-tronco, muito embora por um escorço muito apertado de 6x5, eu entendi que era a hora, e o resultado foi muito satisfatório”. LEWANDOWSKI, Andressa. **O direito em última instância: uma etnografia no Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 179.

³⁴⁷ TRIGUEIRO, Victor Guedes. **O jogo da pauta no Supremo Tribunal Federal: decidindo não decidir a inconstitucionalidade da prisão em segunda instância**. Londrina: Thoth, 2023. p. 139.

³⁴⁸ José Carlos Barbosa Moreira trata de alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado. Ao destacar o tempo do julgamento assim pondera: “Existem razões para crer que o órgão colegiado atinge o máximo de aptidão para julgar bem no período médio da sessão. Depois, à proporção que o tempo passa, a fadiga vai cobrando tributo cada vez mais pesado. Há juízes que resistem com galhardia a 5, 6, 7hs., ou mais de julgamentos contínuos; de modo geral, porém, a dose é excessiva, com o consectário inevitável de declinarem a capacidade de apreensão e a agilidade de raciocínio, quando não – e, ao menor para o relator, o ponto é capital

Um ponto que merece destaque no contexto atual diz respeito ao modo de julgamento, se realizado de forma pública ou sigilosa. Na comunicação social, no ano de 2002, houve a criação da TV Justiça, com o objetivo de levar transparência à atividade judicial e fazer a transmissão, ao vivo, das sessões do Supremo Tribunal Federal e de outros tribunais, tais como o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior Eleitoral, o Tribunal Superior do Trabalho e o Superior Tribunal Militar. Trata-se de uma transmissão via emissora pública, o que facilita o acesso pela população.

O uso de câmeras em julgamentos é uma política pública que tem por finalidade conter arbitrariedades, conferir legitimidade democrática ao Supremo Tribunal Federal e promover a educação do público do ponto de vista cívico. Os integrantes da Corte Constitucional passaram a ter grande visibilidade e os cidadãos começaram a discutir política constitucional nos mais variados locais. Além desse ponto, o início do televisionamento dos julgamentos das sessões do Supremo Tribunal Federal implicou no aumento do tamanho dos acórdãos³⁴⁹. A interpretação do crescimento desse dado pode ser uma dimensão social agregada, na tentativa do tribunal de atingir os cidadãos comuns.

Deve ser observado que a comunicação é uma via de mão dupla e que, além de possuir uma repercussão na população, pode também representar um direcionamento da opinião pública nos julgamentos proferidos pelos integrantes do Supremo Tribunal Federal. A forma como as pessoas vão receber o julgamento pode ser levado em consideração, inclusive de forma inconsciente. Em Cortes Constitucionais, essa posição é analisada na perspectiva de uma reserva de credibilidade e da construção de um capital político, a qual fica mais evidente em casos de processos estruturais e que envolvam as elites políticas³⁵⁰.

– a facilidade de expressão e as próprias forças vocais. Por outro lado, é duvidoso que se melhore o rendimento do trabalho suspendendo-se a sessão a certa altura: os minutos da pausa – que fatalmente tende a prolongar-se mais do que o previsto –, além de aumentarem a duração global da sessão, às vezes fazem arrefecer de maneira sensível o ânimo dos juízes, à semelhança do que costuma suceder a quem pára durante a corrida para dois dedos de prosa com um amigo, e depois acha difícil voltar à velocidade anterior”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 19, n. 75, p. 7–25, jul./set., 1994. p. 10.

³⁴⁹ Luís Felipe de Melo Fonte, ao falar sobre o aumento quantitativo dos acórdãos envolvendo ações diretas de inconstitucionalidade: “Essa constatação reforça a ideia de que a TV Justiça modificou a dinâmica dos julgamentos no Plenário e a própria autocompreensão dos ministros a respeito do papel da Corte. Após o advento da TV Justiça, o que se observa é uma inequívoca tendência à adoção de votos mais longos”. FONTE, Luís Felipe de Melo. **Jurisdição constitucional e participação popular**: o Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 124.

³⁵⁰ André Rufino do Vale, em tese defendida na Universidade de Brasília, destaca, por meio de entrevista com Ministros do Supremo Tribunal Federal, a possível interferência da opinião pública nos julgamentos. VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2015. p. 322-325. Disponível em https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18043/3/2015_AndreRufinodoVale.pdf. Acesso em: 12 set. 2024.

Esses possíveis fatores extrajurídicos podem atuar de forma consciente ou inconsciente na tomada de decisão judicial. No caso de uma atuação consciente, com a intenção de se buscar interesses pessoais ou de prejudicar terceiros, há uma tentativa de controle por meio das situações de impedimento e suspeição, conforme exposto anteriormente quando se tratou da imparcialidade do juiz. Entretanto, a atuação inconsciente de um juiz, ainda que esteja fiel aos fatos e não busque intencionalmente prejudicar alguém, pode ocasionar vieses cognitivos.

4.2 Heurísticas e vieses

No campo da Psicologia Cognitiva, as heurísticas e os vieses cognitivos são conceitos importantes para se entender como as pessoas tomam decisões. Embora sejam instrumentos úteis, também podem levar a erros de julgamento. As heurísticas são atalhos mentais que o cérebro utiliza para simplificar o processo de decisão. Elas podem ser úteis em algumas situações, mas pode ocasionar vieses e erros de raciocínio. Os vieses são desvios que prejudicam o julgamento, pois há um erro na origem³⁵¹.

Há uma distinção entre viés e ruído, embora ambos integrem o gênero de falha no julgamento humano. O ruído se refere a erros aleatórios e imprevisíveis que ocorrem entre diferentes julgamentos, quando as pessoas deveriam estar de acordo. Na ciência forense, por exemplo, os especialistas podem discordar entre si quanto à identificação de uma mesma impressão digital, ou o mesmo especialista pode tomar decisões inconsistentes em relação à mesma impressão digital em ocasiões diferentes³⁵².

³⁵¹ Segundo Daniel Kahneman, Olivier Sibony e Cass R. Sunstein, “Erros de julgamento sistemáticos já foram demonstrados em muitas áreas e o termo viés é usado hoje em muitos domínios, incluindo nos negócios, na política, na elaboração de políticas públicas e na jurisprudência. Do modo como a palavra é em geral usada, seu significado é amplo. Além da definição cognitiva que usamos aqui (referindo-se a um mecanismo psicológico e ao erro que esse mecanismo tipicamente produz), a palavra é com frequência usada para sugerir que alguém é tendencioso contra determinado grupo (por exemplo, vieses de gênero ou vieses raciais). Também pode significar que a pessoa prefere uma conclusão particular, como quando ouvimos falar de alguém tendencioso devido a um conflito de interesses ou uma opinião política. KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass R. **Ruído: uma falha no julgamento humano**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021. p. 161.

³⁵² KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass R. **Ruído: uma falha no julgamento humano**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021. p. 13. A distinção é apresentada por Rosivaldo Toscano Jr, “Enquanto o viés é um desvio sistemático, o ruído é uma dispersão aleatória. Quando se avalia o ruído em uma decisão judicial, verifica-se o grau de variabilidade dos pontos de vista. Muitos dos vieses que, sob a visão da teoria da escolha racional, seriam irracionais, sob uma ótica biológica seriam bastante racionais”. TOSCANO JR., Rosivaldo. **O cérebro que julga: neurociências para juristas**. Florianópolis: Emais, 2023. p. 190.

Ao tratar do ruído envolvendo sentenças criminais, discute-se a impossibilidade de dois sujeitos similares, condenados por uma mesma infração, receberem condenações muito diferentes. O ruído pode existir em razão de uma maior discricionariedade da fixação da pena, pois a ideia é que a sanção imposta seja individualizada, ou seja, observe as características pessoais da pessoa que é julgada. Contudo, a quantidade excessiva de ruído pode ser prejudicial e ocasionar a chamada “loteria das sentenças”³⁵³.

Ao se realizar uma auditoria de ruído nas sentenças judiciais, constatou-se a existência de três espécies. O ruído de nível refere-se às variações entre indivíduos diferentes que realizam julgamentos semelhantes³⁵⁴. Há o ruído de padrão, que decorre de variações nos julgamentos de uma mesma pessoa em ocasiões diferentes, devido à filosofia pessoal dos juízes na aplicação das sentenças³⁵⁵. No caso do ruído de ocasião, o erro no julgamento decorre um fator específico do momento, tal como a hora do dia, o estado mental e o humor³⁵⁶.

A análise do ruído é menos explorada pela literatura e de certa forma tem uma inter-relação com os comportamentos judiciais que foram analisados anteriormente. As heurísticas e os vieses são temas com maior densidade na Psicologia Cognitiva e Economia Comportamental. Em relação a esta, é também apontado o *nudge*, que consiste em uma pequena mudança no ambiente ou na forma como as coisas são apresentadas, o que influencia o comportamento humano de maneira previsível, mas sem forçar uma escolha específica. A ideia, assim como o comportamento judicial segundo o realismo jurídico e o ruído, é que os seres humanos não agem de maneira perfeitamente racional, pois são influenciados por diversos fatores emocionais, cognitivos e contextuais³⁵⁷.

³⁵³ KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass R. **Ruído**: uma falha no julgamento humano. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021. p. 74.

³⁵⁴ Daniel Kahneman, Olivier Sibony e Cass R. Sustein assim definem o ruído de nível: “Usamos o termo ruído de nível para a variabilidade média de julgamento dos juízes, que é idêntica à variabilidade dos erros de nível”. KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass R. **Ruído**: uma falha no julgamento humano. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021. p. 76.

³⁵⁵ Os autores acima mencionados exemplificam com a situação em que o magistrado seja mais austero de uma forma geral e mais leniente com crimes de colarinho-branco. Há uma variabilidade do comportamento dos juízes em razão de casos particulares. KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass R. **Ruído**: uma falha no julgamento humano. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021. p. 77.

³⁵⁶ Ao falarem do humor, Daniel Kahneman, Olivier Sibony e Cass R. Sustein fazem a seguinte ponderação: “O efeito do humor no julgamento conta com um vasto corpus de pesquisa em psicologia. É muito fácil deixar uma pessoa temporariamente feliz ou triste e medir a variabilidade de seus julgamentos e decisões após tais humores serem induzidos”. KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass R. **Ruído**: uma falha no julgamento humano. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021. p. 87.

³⁵⁷ Dierle José Coelho Nunes e Otávio Morato de Andrade, ao indagarem se é possível silenciar o ruído, apresentam um debate sobre a utilização de modelos de inteligência artificial (IA) para tentar minimizar o ruído em certas áreas, em razão da constância e não suscetibilidade da inteligência artificial a fatores emocionais e subjetivos, o que poderia contribuir para eliminar algumas fontes de ruído. NUNES, Dierle José Coelho; ANDRADE, Otávio Morato de. Para além dos vieses cognitivos: a influência do ruído na qualidade dos julgamentos. **Revista Themis**, Fortaleza, v. 21, n. 2, p.105-131, jul./dez. 2023. p. 126.

Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein fazem menção à existência de dois sistemas que guiam o modo como funciona o pensamento dos seres humanos: o pensamento automático e o pensamento reflexivo. O pensamento automático é intuitivo, enquanto o pensamento reflexivo é mais premeditado e autoconsciente³⁵⁸. Essas duas formas de pensar se assemelham ao Sistema 1 e ao Sistema 2 apresentados por Daniel Kahneman em sua obra *Rápido e Devagar*. A manipulação do *nudge*, ainda que sutil, pode gerar um viés.

Para que sejam tomadas as melhores decisões, os autores explicam como usar a “arquitetura da escolha”, ou seja, a forma como as opções são organizadas e apresentadas em um determinado contexto de modo a influenciar a decisão das pessoas. Trata-se de um *design* do ambiente em que as decisões são feitas. Os “arquitetos da escolha” têm a capacidade de influenciar como as pessoas escolhem, sem restringir a sua liberdade. Ocorre, desse modo, uma modificação do contexto em que as escolhas são feitas³⁵⁹.

A “arquitetura da escolha” também pode contribuir na criação de opções padrão e o caminho de menor resistência. O que move o pensamento intuitivo é a ideia de que ele é rápido porque gera um menor esforço. Há um viés do *status quo*, ou seja, a ideia de manter as coisas como estão³⁶⁰. Em uma cantina escolar, é mais fácil os alunos fazerem escolhas saudáveis se esses alimentos estiverem à mão. Também é exemplificada a situação da doação de órgãos, em que a taxa é maior quando o consentimento é implícito, ou seja, há uma presunção de que a pessoa é doadora, caso não haja manifestação em sentido contrário³⁶¹.

A influência na tomada de decisão pode ter um lado ruim no mercado de consumo, quando se está a falar no contexto atual dos influenciadores digitais ou *digital influencers*. O

³⁵⁸ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019. p. 29.

³⁵⁹ Ao tratar da arquitetura das escolhas, Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein citam o seguinte exemplo: “Nenhum exemplo de arquitetura de escolhas se tornou tão conhecido quanto a famosa mosca nos urinóis de Amsterdam. Como mencionamos na introdução, colocar uma mosca de mentira nos urinóis reduziu em 80% a quantidade de xixi que cai fora do urinol, um nudge extraordinariamente bem-sucedido”. THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019. p. 99.

³⁶⁰ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019. p. 101.

³⁶¹ Essa prática para promover comportamento benéfico é denominada de paternalismo libertário. Segundo os autores, “O lado libertário das nossas estratégias se encontra na convicção de que as pessoas devem ter liberdade para fazer o que quiserem, inclusive recusar acordos desvantajosos [...]. Já o lado paternalista se encontra na ideia de que os arquitetos de escolha têm toda legitimidade para tentar influenciar o comportamento das pessoas, desde que seja para tornar a vida deles mais longa, mais saudável e melhor”. THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019. p. 13.

“comportamento de manada”³⁶² pode gerar a transmissão de ideias equivocadas e colocar o consumidor em uma situação de superendividamento³⁶³. A mesma ideia da influência pode ser identificada nos aspectos religiosos e na política e ocorrem tanto no que diz respeito às informações sobre o modo de viver ou de pensar, ou a uma pressão social para seguir a forma como aquelas pessoas do grupo se comportam.

Em relação ao superendividamento do consumidor, são apontados alguns vieses que podem estar relacionados. O viés do otimismo excessivo é uma espécie de supervalorização de resultados positivos decorrentes de eventos externos e que podem na realidade não ocorrer na prática. Outro viés apontado é o da ilusão do controle, decorrente de uma falsa percepção de controle de uma situação, que na realidade não pode ser controlada. O superotimismo e a ilusão de controle estão relacionadas ao fornecimento de crédito, que pode desencadear o superendividamento³⁶⁴.

Nas redes sociais, há a exposição a conteúdos dos mais variados, dentre eles a publicidade, a qual algumas vezes é intermediada por pessoas com alto poder persuasivo. Há informações de pessoas que foram vítimas de danos patrimoniais³⁶⁵ e crimes³⁶⁶ em razão da influência gerada em redes sociais. No contexto atual, as apostas estão em alta, e influenciadores frequentemente divulgam que estão ganhando dinheiro por meio de jogos que, em alguns casos, não exigem nenhuma habilidade do jogador.

³⁶² THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019. p. 65.

³⁶³ A ideia, em uma sociedade de consumidores, é evitar que as necessidades sejam satisfeitas e cada vez mais criar demandas. A falta de educação para o consumo e a ausência de crédito responsável podem ocasionar o superendividamento. Segundo Zygmunt Bauman, “em suma, há uma filosofia de afirmar que a função da oferta é criar demanda. Essa crença se aplica a todos os produtos, sejam eles fábricas ou sociedades empresárias”. BAUMAN, Zygmunt. **Vida a crédito**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2010. p. 28. Morgan Housel, ao traçar um histórico do consumidor norte-americano, aponta que durante os anos de 1980 a 1990, com o avanço da internet e da indústria publicitária, um pequeno grupo de americanos teve um crescimento da renda e gerou aspirações na maior parte da população, cuja renda não estava aumentando. O autor descreve o momento como “um passo maior que a perna”. HOUSEL, Morgan. **A psicologia financeira: lições atemporais sobre fortuna, ganância e felicidade**. Rio de Janeiro: Harper Collins, 2023. p. 290.

³⁶⁴ DAURA, Samir Alves. *Behavioral economics* e direito do consumidor: novas perspectivas para o enfrentamento do superendividamento. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, v. 8, n. 2, p. 568-599, 2018.

³⁶⁵ BUSINARI, Maurício. “Confiei, apostei e me iludi”: fã processa Deolane após perder R\$ 322 mil. **UOL**, São Paulo, 11 set. 2024. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2024/09/11/confiei-apostei-e-perdi-r-300-mil-e-agora-estou-processando-deolane.htm>. Acesso em: 14 set. 2024.

³⁶⁶ SÓTER, Gil. “Jogo do Tigrinho”: entenda a operação que prendeu influenciadores digitais no Pará. **G1**, Belém, 19 dez. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2023/12/19/jogo-do-tigrinho-entenda-a-operacao-que-prendeu-influenciadores-digitais-no-para.ghtml>. Acesso em: 14 set. 2024.

A Lei nº 14.790, de 29 de dezembro de 2023, regulamentou algumas apostas no Brasil e as tratou na modalidade de lotéricas, a justificar uma obrigação exigível em razão de se tratar de um jogo ou aposta permitidos. A referida legislação, nos artigos 16 a 18, trata da publicidade e *marketing* de loterias de apostas de quota fixa, cuja regulamentação fica a cargo do Ministério da Fazenda. Não houve tratamento específico acerca dos influenciadores digitais.

A publicidade é um instrumento de formação do consentimento do consumidor. O Código de Defesa do Consumidor estabelece alguns princípios que devem ser observados em relação a essa prática comercial. O artigo 30 do Código estabelece uma regra de vinculação do fornecedor àquilo que foi ofertado. Como se trata de uma fase pré-contratual, caso o contrato seja formado, o fornecedor fica obrigado a cumprir aquilo que consta no anúncio publicitário.

Outro ponto importante da regulamentação da publicidade no Código de Defesa do Consumidor, diz respeito ao direito a uma informação clara, adequada e prévia àquilo que está a ser veiculado. O artigo 36 estabelece que a publicidade deve ser objetivamente identificada pelo consumidor, cuja disposição tem por finalidade coibir a publicidade velada ou clandestina. Acerca da publicidade ilícita, o Código prevê duas modalidades: a publicidade enganosa, aquela que é falsa ou induz em erro o consumidor; e a publicidade abusiva, que contém um caráter discriminatório e que atenta contra os valores sociais, ambientais e de saúde e segurança (artigo 37).

Além do controle jurídico da publicidade, o mercado publicitário possui uma autorregulamentação por meio do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), o qual editou o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP). A situação atual demonstra um sistema misto de controle da publicidade, em que são conjugadas a autorregulamentação e a participação dos Poderes Executivos, Legislativo e Judiciário.

Não há nada até o momento que regule a atuação do influenciador digital no Brasil³⁶⁷. O Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária elaborou o Guia de Publicidade por Influenciadores Digitais³⁶⁸, que apresenta orientações para a aplicação das regras ao conteúdo comercial em rede social, em especial aquele gerado pelos usuários

³⁶⁷ Há alguns Projetos de Lei no Congresso Nacional que buscam regulamentar a profissão de influenciador digital, dentre eles o Projeto de Lei nº 1335/2022 e o Projeto de Lei nº 2347/2022. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2174196&filename=PL+1335/2022 e https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2205803. Acesso em: 14 set. 2024.

³⁶⁸ CONAR. **Guia de publicidade por influenciadores digitais**. São Paulo: CONAR, 2021. Disponível em: http://conar.org.br/pdf/CONAR_Guia-de-Publicidade-Influenciadores_2021-03-11.pdf. Acesso em: 14 set. 2024.

conhecidos como influenciadores digitais. Dentre as orientações, está a necessária menção explícita da identificação publicitária, por meios do uso das expressões “publicidade”, “publi”, “publipost” ou outra equivalente, o que demonstra a necessidade de transparência e boa-fé nas relações negociais.

O ponto que importa sobre esse tema na presente tese é que no mercado de consumo a utilização de intermediadores pode ocasionar um desvio na racionalidade do consumidor, com a incidência de uma heurística do afeto, pois a tomada de decisão de adquirir determinado produto ou serviço é antecedida de um estímulo emotivo. No caso, o julgamento subsequente é guiado por um sentimento positivo à representação de uma pessoa, um objeto ou de um evento³⁶⁹.

Conforme mencionado anteriormente, as heurísticas são atalhos mentais que são utilizados e que geram julgamentos intuitivos. Há uma associação com o termo “heureka”³⁷⁰, utilizado pelo cientista greco Arquimedes, quando descobriu uma solução para um problema de maneira repentina. Essa situação representa uma solução no contexto da descoberta. Também há menção ao *insight* no contexto de uma decisão judicial para se referir ao momento em que o juiz percebe de forma súbita a solução ou a compreensão de um caso. É a ideia de um julgamento intuitivo.

Além desse *insight* na tomada de decisão judicial, são utilizados *insights* da Psicologia Comportamental e da Economia Comportamental para demonstrar que os processos decisórios são complexos e nem sempre racionais. Alguns contextos mentais de ajustamento, ancoragem, disponibilidade e representatividade podem ser usados de forma inconsciente quando se toma decisões. Também há características inerentes ao ser humano de aversão a perdas e de superotimismo que podem influenciar na tomada de decisão.

Conforme tratado anteriormente, no âmbito jurídico, o ato de decidir envolve a correta delimitação dos fatos, a interpretação das normas em conflito, a valoração das provas e o sopesamento dos argumentos apresentados pelas partes para a formação da convicção e a apresentação de uma fundamentação consistente e coerente para solucionar a lide e legitimar a

³⁶⁹ WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. **Vieses da justiça**: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. 2. ed. Florianópolis: Emais, 2021. p. 49.

³⁷⁰ O significado da palavra “heureka” não consta no Dicionário da Língua Portuguesa (DLP) da Academia Brasileira de Letras. Em consulta à palavra, consta que o verbete está em formação. HEURECA. In: DICIONÁRIO de Língua Portuguesa. Rio de Janeiro, [2024]. Disponível em: <https://servbib.academia.org.br/dlp/verbete.xhtml?entrada=heureka>. Acesso em: 14 set. 2024. No Dicionário da Língua Portuguesa Aurélio consta o seguinte: “Achei, encontrei. [É us. Quando se acha a solução dum problema difícil”. HEURECA. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio**. 7. ed. Curitiba: Positivo, 2008. p. 450.

atuação do Estado. O agente político juiz deve agir de forma imparcial e observar as garantias constitucionais.

Contudo, de acordo com a Psicologia Cognitiva, que estuda comportamentos e processos mentais, o juiz pode se valer de heurísticas para fazer escolhas e decidir as questões que são postas à sua apreciação. Sempre que possível, o ser humano tende a utilizar atalhos cognitivos que facilitam e agilizam a tomada de decisões, pois o pensamento, em algumas vezes, pode ser automático e intuitivo. Com base nessa ideia, foram desenvolvidas algumas espécies de heurísticas e vieses.

A primeira heurística empregada pelo juiz é a da disponibilidade. Nesse caso, a tomada de decisão decorre de informações que estão em sua mente, a partir de seu conhecimento jurídico prévio e de sua experiência profissional. O Poder Judiciário brasileiro possui um elevado número de ações judiciais³⁷¹ e as unidades judiciais necessitam dar vazão à alta demanda, o que direciona o juiz a decidir com base naquilo que já sabe, que pode ser facilmente acessado em sua memória. Essa atuação judicial pode gerar algum viés em razão da complexidade cada vez maior das demandas que são levadas ao Poder Judiciário e das alterações legislativas e jurisprudenciais que ocorrem rotineiramente³⁷².

Outra heurística que pode estar presente na atuação do juiz diz respeito à heurística da representatividade. O sistema de precedentes judiciais exige que o magistrado observe a orientação jurisprudencial que se formou em relação àquelas hipóteses que são de observância obrigatória (artigo 927 do Código de Processo Civil). A utilização dessa sistemática propicia uma atuação mais célere, garante a segurança jurídica e mantém a estabilidade e coerência. No entanto, a aplicação de um precedente necessita da correta delimitação dos fatos, para constatação de uma possível distinção (*distinguishing*) ou superação do precedente (*overruling*)³⁷³.

³⁷¹ Segundo a estatísticas do Conselho Nacional de Justiça, Justiça em Números, dados até 31/07/2024, o Poder Judiciário brasileiro possui 83.081.424 processos pendentes. No ano de 2024 ingressaram 21.406.412 casos novos e foram julgados 23.138.712 processos. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Estatísticas de poder judiciário**. Brasília, DF: CNJ, 2024. Disponível em: <https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-estatisticas/>. Acesso em: 15 set. 2024.

³⁷² ANDRADE, Flávio da Silva. **Julgamentos criminais na perspectiva da psicologia: heurísticas, vieses, dissonância cognitiva, falsas memórias e comparticipação**. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 43.

³⁷³ Segundo George Marmestein, “a observância do precedente e das leis de um modo irrefletido e automático torna o julgador suscetível de cair nas armadilhas das ilusões cognitivas (ou dos vieses cognitivos), como a ilusão da generalização apressada, onde o caso concreto é inserido em um padrão normativo de forma inadequada, sem que sejam verificadas as singularidades que justificam uma solução peculiar ou a aplicação de um outro padrão normativo. Os vieses cognitivos (*cognitive biases*) são vícios mentais que geralmente levam a soluções irracionais e só podem ser evitados se o ‘pensamento rápido’ for substituído por uma reflexão cuidadosa”. MARMENSTEIN, George. **O direito fora da caixa**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 249.

Há a heurística da perseverança e da crença, em que o juiz se apoia para decidir a partir de suas pré-concepções e crenças sobre determinado caso ou questão. Como dito anteriormente, o juiz fiel deve ser imparcial na busca dos fatos, mas não é possível exigir um magistrado com neutralidade cognitiva, asséptico, sem ideias próprias e à margem dos acontecimentos do mundo. Essa pré-concepção ou crença cria um obstáculo para que o juiz valore a prova e sopesse os argumentos contrários à sua compreensão prévia.

Essa espécie de heurística gera o que se chama de viés da confirmação (*confirmation bias*), a demonstrar que o juiz está previamente comprometido com uma determinada posição e que não vai mudar seu entendimento, apesar dos argumentos em sentido contrário³⁷⁴. Essa situação foi concretizada no ordenamento jurídico brasileiro, por meio do juiz das garantias, a separar o juiz que atua na fase de investigação preliminar do juiz que atua na persecução penal em juízo.

Existe nesse ponto uma relação com a teoria da dissonância cognitiva, pois, segundo a Psicologia, há uma tensão ou angústia que uma pessoa sente ao saber que possui crenças dissonantes acerca de um determinado tema relevante. As pessoas valorizam a coerência consigo mesmas e com os outros, e a contraposição de ideias ou sentimentos gera um desconforto entre a falta de harmonia de dois ou mais pensamentos relevantes. A partir dessa incompatibilidade, o ser humano, seletivamente, modifica suas ações com a intenção de manter a consistência³⁷⁵.

A concessão de uma tutela provisória, o deferimento de uma medida liminar em um *habeas corpus* ou a decretação de uma prisão preventiva podem gerar a necessidade de confirmação de uma pré-compreensão sobre os fatos, a emitir um decreto final sem muita reflexão. Ricardo Jacobsen Gloeckner, a partir de dados empíricos apurados perante o Tribunal

³⁷⁴ Dierle Nunes, Natanael Lud e Flávio Quinaud Pedron assim definem o viés de confirmação: “[...] pode ser caracterizado como sendo a tendência do observador de procurar ou interpretar informações de forma que estas confirmem preconcepções próprias”. NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais**: um estudo sobre vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o *debiasing*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 80.

³⁷⁵ Rosivaldo Toscano Júnior, ao tratar da dissonância cognitiva, destaca: “A redução da dissonância cognitiva nos faz assumir geralmente três comportamentos: a) com base nas evidências contrárias, formarmos uma nova crença diferente daquela anterior (aceitação); b) procuramos reduzir a importância do paradoxo e mudamos de assunto (desvio); c) simplesmente negamos e reforçamos as crenças que geraram o desconforto com outras que venham a melhor justificá-las (negação). Trata-se de um grande desafio não cairmos no terceiro comportamento. Isso ocorre, primeiramente, porque temos um olhar magnânimo sobre nós mesmos ao nos confrontarmos com o espelho e com os outros. Isso é também causa de muitos erros de julgamento, porque apostamos em nossa suposta racionalidade, isenção e correção. Por isso, quando somos confrontados com evidências que contariam nossas crenças, é difícil mudar de opinião”. TOSCANO JR., Rosivaldo. **O cérebro que julga**: neurociência para juristas. Florianópolis: Emais, 2023. p. 155-156.

de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, constatou que a existência de uma prisão cautelar pode ser o critério para uma condenação³⁷⁶.

Em um julgamento colegiado, pode ser identificado o viés da adesão. Segundo a Psicologia, há uma tendência de pensar ou decidir como uma pessoa o fez, sem maiores reflexões, nos casos em que um julgador, muitas vezes premido pelo excesso de trabalho, limita-se a acompanhar o colega em um caso que exigia mais ponderação ou necessitava de uma compreensão diferente. Existe, no caso, uma perseverança da crença e o sistema se torna antideliberativo.

É possível que ocorra em um julgamento colegiado o viés da aversão à perda. Há uma tendência das pessoas de preferirem evitar perdas a obter ganhos de valor equivalente. O sofrimento psicológico por uma perda é geralmente mais intenso do que a satisfação gerada por um ganho da mesma magnitude. A aversão à perda pode levar as pessoas a tomarem atitudes conservadoras ou evitar o risco, mesmo quando essa não é a opção mais racional³⁷⁷.

Essa situação se assemelha ao denominado viés egocêntrico ou viés do egocentrismo. Essa situação é exemplificada pela hipótese de interposição de embargos de declaração em que se aponta evidente obscuridade, contradição ou omissão, mas o juiz não modifica o seu ponto de vista nem reconhece a falha por já estar vinculado a uma crença, preferindo ignorar os argumentos que a infirmam³⁷⁸. O autoconhecimento pode incluir ilusões sobre nós mesmos, de que somos mais engraçados, inteligentes ou mais acolhedores do que realmente somos.

³⁷⁶ O autor, ao descrever o estudo de caso sobre as prisões cautelares e decisão penal: “Em números brutos, das 90 sentenças e dos 90 acórdãos analisados, chegou-se à conclusão de que de forma direta ou indireta a prisão processual (como regra geral a prisão em flagrante) foi utilizada como elemento formador de convicção judicial em todos os casos. Duas conclusões se fazem importantes nesse momento: (a) a declaração de uma prisão processual acaba se transformando numa verdadeira resolução de mérito; (b) em todos os casos, em alguma instância ocorreu a menção à prisão processual nos fundamentos da decisão. Destaca-se que foram desprezadas as situações nas quais as sentenças ou acórdãos analisavam a prisão nos relatórios, bem como na dosimetria da pena (na maioria das vezes para decretar a revogação da prisão preventiva pelo regime de pena aplicado ou para efeitos de detração). Este resultado confirma uma situação extremamente problemática: em 100% dos casos, a condenação se fundamentou, parcialmente, em elementos próprios da prisão. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, *confirmation bias* e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 23, n.117, p. 263-286, nov./dez. 2015. p. 267.

³⁷⁷ Dierle Nunes, Natanael Lud e Flávio Quinad Pedron citam esse viés nos julgamentos colegiados: “O viés de aversão à perda representa uma explicação para o fato de que componentes de uma turma julgadora, às vezes, deixem de manifestar uma dissonância interpretativa pelo receio de que seu voto seja minoritário dentre os decisores, o que representa uma suposta desvalorização de sua posição naquele grupo”. NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinad. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o *debiasing***. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 121.

³⁷⁸ ANDRADE, Flávio da Silva. **Julgamentos criminais na perspectiva da psicologia: heurísticas, vieses, dissonância cognitiva, falsas memórias e participação**. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 53.

Sérgio Nojiri, em pesquisa empírica com juízes federais do Estado de São Paulo, ao tratar do viés do egocentrismo, adotou o critério de análise da “justiça” das decisões. Os juízes foram divididos em quatro grupos, com número igual em cada um deles. O Grupo 1 consistia no grupo com menos decisões injustas; o grupo 2 era o segundo com menos decisões tidas como injustas; o grupo 3 era o segundo grupo de juízes com mais decisões consideradas injustas e o último grupo, o grupo 4, possuía mais decisões consideradas injustas. Ao analisar os resultados, o autor identificou que o Grupo 1 terminou como a opção mais selecionada, com 55,7% das preferências totais, o que autoriza a afirmar que há um viés egocêntrico³⁷⁹.

Outro viés que é muito apontado na tomada da decisão judicial é o denominado viés da ancoragem e de ajustamento (*anchoring and adjustment bias*). Há uma tendência de se basear em informações previamente obtidas e de acessar seletivamente certos dados na mente. No processo penal, são apontados exemplos da possível incidência do viés de ancoragem. Um deles está previsto no artigo 155 do Código de Processo Penal, que proíbe o juiz de fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação preliminar. O conhecimento do inquérito policial não deve, por um viés de ancoragem, conduzi-lo automaticamente a um provimento condenatório³⁸⁰.

Também é citado como exemplo do processo penal o tempo de prisão pedido pelo Ministério Público e o tempo de prisão fixado pelo julgador. Eduardo José da Fonseca Costa aponta um estudo realizado por Francisca Fariña, Ramón Arce e Mercedes Novo, no qual foram analisadas 555 sentenças penais proferidas entre 1980 e 1995 por *Audiencias Provinciales y Juzgados de lo Penal de la Comunidad Autónoma Gallega*. Chegou-se à conclusão de 63,6%

³⁷⁹ NOJIRI, Sérgio. **Emoção e intuição**: como (de fato) se dá o processo de tomada da decisão judicial. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021. p. 161-162. O autor pondera o seguinte: “Ainda que alguns juízes tenham exibido um viés egocêntrico, não se pode afirmar que os resultados tenham revelado juízes altamente centrados em suas virtudes pessoais. As respostas, de modo geral, revelaram um grau mediano de egocentrismo. É possível que alguns juízes não estivessem dispostos a realizar a opção mais sincera, realizando, dessa forma, uma autoavaliação aquém daquilo que realmente pensam de si próprios. Todavia, essa hipótese pode ser contestada pelo simples fato de as respostas terem a garantia do anonimato, ou seja, não havia razões para esconder suas verdadeiras crenças ou sentimentos”. NOJIRI, Sérgio. **Emoção e intuição**: como (de fato) se dá o processo de tomada da decisão judicial. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021. p. 163.

³⁸⁰ ANDRADE, Flávio da Silva. **Julgamentos criminais na perspectiva da psicologia**: heurísticas, vieses, dissonância cognitiva, falsas memórias e comparticipação. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 55. Bernd Shünemann realizou um experimento a envolver, dentre outras hipóteses, se o magistrado condena mais frequentemente quando tem prévio conhecimento do inquérito policial. A hipótese foi confirmada. Segundo o autor: “O conhecimento dos autos do inquérito tendencialmente incriminador leva, sem exceções, o juiz a condenar o acusado. Essa tendência permanece mesmo diante de uma audiência de instrução e julgamento ambivalente, que, no fundo, sugere uma absolvição”. SHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 11, p. 30-50, set./dez. 2012.

(o que corresponde a 353 sentenças) estavam guiadas pelo efeito de ancoragem advindo da denúncia³⁸¹.

Os efeitos de ancoragem e de ajustamento também podem ser evidenciados em ação cível, no qual se pleiteia a indenização por dano moral e alimentos indenizatórios ou devidos em razão de uma relação de parentesco. Há uma assimilação de um julgamento numérico a um padrão comparativo previamente designado. Pode acontecer que advogados, mesmo inconscientemente, formulem pretensões de valores superiores aos almejados e que podem atuar como âncoras decisórias para balizar os julgamentos³⁸².

O viés retrospectivo diz respeito a possíveis erros de cognição advindos da análise retrospectiva dos fatos. Há uma simplificação de um acontecimento passado devido à falsa percepção de que sua explicação era mais fácil. Esse contexto do viés retrospectivo pode ser demonstrado nos casos de responsabilidade civil e de crimes culposos, em razão da simplificação da reconstrução do nexo de causalidade, no primeiro caso, e diante da previsibilidade do acontecimento na esfera do agente para a segunda hipótese³⁸³. Um ponto importante do viés retrospectivo é analisado quando se está a falar das provas dependentes da memória, notadamente da prova testemunhal, que será objeto de análise no capítulo seguinte.

O viés de gênero é uma tendência a levar esta característica em consideração ao pensar sobre as pessoas e seus comportamentos. Na tomada de decisão judicial, o viés de gênero pode resultar em decisões baseadas em pré-concepções dos papéis sexuais em detrimento de julgamentos justos e imparciais. A pessoa, desde a infância, tem contato com muitas

³⁸¹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 149.

³⁸² Sérgio Nojiri, na realização de pesquisas empíricas com juízes federais de São Paulo, apresentou uma questão a envolver uma ação indenizatória em que o autor foi atingido gravemente por um dos caminhões de uma grande empresa que atua no ramo de fretes e entregas de pacotes. A causa do acidente foi uma falha no sistema de freios do caminhão. A vítima ficou hospitalizada vários meses e paraplégica. Segundo o caso, o autor tinha uma vida confortável e trabalhava como eletricitista autônomo. O pedido de indenização teve como parâmetro que o autor deixou de auferir em razão da hospitalização, os danos patrimoniais de todas as despesas médicas e hospitalares e pela dor e sofrimento que lhe foram acometidos, mas não especificou um valor. Os advogados do autor e do réu iniciaram negociações a partir do valor de R\$ 1.250.000,00 (um milhão e duzentos e cinquenta mil reais). O autor assim conclui sobre a análise dos resultados: “Não restaram dúvidas, assim, que os juízes se deixaram, consciente ou inconscientemente, influenciar pelas âncoras. Alguns até chegaram a comentar que já haviam julgado casos semelhantes, mas, aparentemente, essa experiência passada não afetou o resultado esperado no experimento”. NOJIRI, Sérgio. **Emoção e intuição**: como (de fato) se dá o processo de tomada da decisão judicial. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021. p. 143.

³⁸³ Paola Bianchi Wojciechowski e Alexandre Moraes da Rosa assim descrevem o viés retrospectivo (*hindsight bias*): “Em uma formulação bastante sintética e simplificada seria possível retratar o viés retrospectivo por meio da seguinte frase: o que realmente ocorreu tenderá a não parecer imprevisível em retrospecto”. (³⁸³ WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Moraes da. **Vieses da justiça**: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. 2. ed. Florianópolis: Emais, 2021. p. 53.

informações. Para que sejam incorporadas ao conhecimento, são feitas categorizações, as quais podem incidir sobre objetos, ideias ou pessoas.

No caso das pessoas, são formadas as primeiras impressões em razão das informações limitadas para aquele momento. A intuição inicial pode recorrer ao estereótipo, o qual decorre de uma generalização de uma característica para toda uma categoria ou grupo de pessoas. No caso do estereótipo de gênero, as generalizações referem-se a comportamentos que a sociedade idealiza que as mulheres ou os homens desempenhem. São os chamados estereótipos prescritivos. Por exemplo, a prescrição de uma conduta a agentes que naturalizam a violência contra as mulheres e contribuem para a cultura do estupro pode gerar o viés de gênero³⁸⁴.

No caso do crime de estupro, previsto no artigo 213 do Código Penal, a conduta delituosa consiste em constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou outro ato libidinoso. O constrangimento pressupõe uma ausência de consentimento da vítima. A maior recorrência dessa modalidade de crimes tem como sujeito ativo o homem e como sujeito passivo a mulher, sendo que os estupros geralmente são praticados às escondidas e não deixam vestígios³⁸⁵.

Em uma pesquisa realizada por meio da consulta de julgados de primeiro grau do Tribunal de Justiça de São Paulo, com a finalidade de identificar estereótipos de gênero, foi apresentada a categoria da “mulher honesta”. O termo “mulher honesta” era previsto no Código Penal em três artigos (artigos 215, 216 e 219), porém houve a revogação com o advento da Lei nº 11.106/2005. A ideia reportava à conduta social que deveria se adequar aos padrões da época.

³⁸⁴ O Sistema de Indicadores de Percepção Social (SIPS) 2014 – Tolerância social à violência contra as mulheres do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) apontou que “Quase três quintos dos entrevistados, 58% concordaram, total ou parcialmente, que ‘se as mulheres soubessem se comportar haveria menos estupros’”. E 63% concordaram, total ou parcialmente, que ‘casos de violência dentro de casa devem ser discutidos somente entre os membros da família’. Também, 89% dos entrevistados tenderam a concordar que ‘a roupa suja deve ser lavada em casa’; e 82% que ‘em briga de marido e mulher não se mete a colher’”. OSORIO, Rafael Guerreiro; FONTOURA, Natália. **SIPS 2014: Sistema de Indicadores de Percepção Social: Tolerância social à violência contra as mulheres**. Brasília: Ipea, abr. 2014. Disponível em: https://portalantigo.ipea.gov.br/agencia/index.php?option=com_content&view=article&id=24437. Acesso em: 16 set. 2024.

³⁸⁵ Gabriela Perissinotto de Almeida e Sérgio Nojiri, ao analisarem como os juízes decidem os casos de estupro, destacam o seguinte: “Esses estereótipos se confundem com os mitos sobre o estupro, definidos como preconceitos, estereótipos e falsas crenças sobre o estupro, a vítima e o agressor. São exemplos de mitos sobre o estupro: a mulher que *realmente* foi estuprada teria resistido fisicamente, teria lesões físicas graves e visíveis e informaria o ocorrido, imediatamente, à polícia; o estuprador é um monstro e um desconhecido da vítima; o estupro é causado por um *impulso* estimulado pela aparência, roupa ou comportamento da mulher. Nesse sentido, quando a vítima não for considerada recatada e respeitável, quando conhecer o agressor, quanto não tiver resistido ou não puder provar que resistiu, ou quando não tiver denunciado o crime imediatamente à polícia, não será avaliada como vítima genuína”. ALMEIDA, Gabriela Perissinotto de; NOJIRI, Sérgio. Como os juízes decidem casos de estupro? Analisando sentenças sob a perspectiva de vieses e estereótipos de gênero. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, v. 8, n. 2, p. 826-853, ago. 2018. p. 835.

Segundo a pesquisa, a alteração legislativa não foi suficiente para afastar do imaginário do Judiciário a mulher que goza de prestígio e confiança, a justificar, por exemplo, a menção à reação da vítima em sua própria defesa e do seu abalo emocional, além da agressão física e do uso da força. Por outro lado, a confiabilidade pode não subsistir se houver um relacionamento anterior ou o uso de álcool. Ao final, os autores concluem sobre a presença de três heurísticas: ancoragem, representatividade e disponibilidade³⁸⁶.

O Código de Processo Penal, na parte destinada à instrução criminal, teve o acréscimo do artigo 400-A, incluído pela Lei nº 14.245/2021, para as situações em que são apurados crimes contra a dignidade sexual. Há previsão de vedação pelo juiz de qualquer manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos que são apurados no processo e de utilização de linguagem, informações ou material que ofenda a dignidade da vítima ou de testemunha. A mesma previsão consta para a instrução criminal em Plenário no Tribunal do Júri (artigo 474-A do Código de Processo Penal) e no procedimento regido pela Lei nº 9.099/1995, que trata dos Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais, no artigo 81, §1º-A.

A Lei ficou conhecida como “Lei Mariana Ferrer”, em razão de um caso concreto que ocorreu em 15 de dezembro de 2018 no estabelecimento Café de La Musique, Praia de Jurerê Internacional. Segundo a denúncia apresentada pelo Ministério Público, o acusado manteve relações sexuais com a vítima, que não possuía condições de oferecer resistência ao ato em razão de vulnerabilidade, no caso, por estar drogada. A hipótese acusatória é de que a vítima somente se conscientizou dos fatos em sua residência, onde constatou a presença de sangue e sêmen em sua roupa íntima.

Os fatos descrevem a conduta típica de estupro de vulnerável, prevista no artigo 217-A, §1º, do Código Penal, pois, na ocasião, a vítima não tinha o necessário discernimento para a prática do ato sexual em razão da vulnerabilidade. O caso teve repercussão social em razão da divulgação da mídia da audiência de instrução, embora o processo tramitasse em segredo de justiça (artigo 234-B do Código Penal). As formas como algumas perguntas foram feitas,

³⁸⁶ Ao apresentaram a discussão, os autores destacam as três heurísticas: “Diante disso, notamos que as três heurísticas se articulam no emprego dos estereótipos como atalhos cognitivos. Por exemplo, ao decidir com base na reação emocional da vítima, o indivíduo fica ancorado na ideia de que as vítimas reagem de uma determinada maneira ao estupro, independentemente dos estudos mostrarem que cada indivíduo rege à sua maneira a situações traumáticas; de modo semelhante, a representatividade faz com que esse sujeito acredite que, se algumas vítimas ficam emotivas após sofrerem uma agressão, essa reação será aplicável a todas as vítimas; já a disponibilidade faz com que o juiz foque na emotividade e ignore outras evidências”. ALMEIDA, Gabriela Perissinotto de; NOJIRI, Sérgio. Como os juízes decidem casos de estupro? Analisando sentenças sob a perspectiva de vieses e estereótipos de gênero. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, v. 8, n. 2, p. 826-853, ago. 2018. p. 846-847.

passíveis de viés de gênero, geraram a necessidade de uma regulamentação legal para tratar do controle pelo juiz das manifestações feitas durante a prática do ato processual em que há produção de prova oral.

Outra situação que envolve viés de gênero e a tomada de decisão judicial diz respeito aos casos de violência doméstica e familiar. Em estudo de caso³⁸⁷, colhido da Justiça do Distrito Federal, houve a instauração de um inquérito policial e, posteriormente, foi formulado o pedido de arquivamento pelo Ministério Público. O fato aconteceu no ano de 2018, a vítima registrou ocorrência policial, que deu origem a um requerimento de medidas protetivas de urgência e a um inquérito policial. No mesmo ano, houve arquivamento da medida protetiva e do inquérito.

Em seguida, ainda em 2018, a vítima registrou outra ocorrência policial, que deu origem ao requerimento de medidas protetivas de urgência e houve a propositura de ação penal, a qual, ao final, foi julgada procedente para condenar o acusado. Houve a interposição de recurso pela defesa e o tribunal deu provimento ao recurso para absolver o agressor. No mesmo ano, a vítima registrou nova ocorrência policial, que deu origem a um inquérito policial que foi arquivado. A investigação tratava do descumprimento de uma medida protetiva deferida anteriormente.

O estudo destacou o primeiro pedido de arquivamento formulado pelo Ministério Público e homologado pelo Poder Judiciário. A situação retratava a apuração da contravenção penal de perturbação de tranquilidade e dos crimes de lesão corporal, injúria, ameaça e dano. Segundo a vítima, namorou com o suposto ofensor por 7 meses e ele somente apresentou comportamento ofensivo após o término do relacionamento. De acordo com o registro da ocorrência policial, a vítima estava em um parque a caminhar com uma amiga e encontrou o ofensor, o qual tentou abraçá-la e beijá-la. Ademais, passou a caminhar com ela, não obstante a vítima tenha negado. Houve a insistência por parte do autor e, em razão da recusa, foram desferidas mordidas em seu rosto, além de xingamentos e ameaça, a dizer que caso registrasse ocorrência policial iria “completar o ciclo da desgraça”.

Os elementos de informação que foram anexados à investigação apresentavam as ligações feitas pelo autor e as fotos dos locais das lesões. Foi emitido laudo de exame de corpo de delito, o qual atestou a lesão à integridade física da vítima. No dia seguinte aos fatos, houve a concessão de medida protetiva de urgência, com a proibição de aproximação e contato, além

³⁸⁷ SUXBERGER, Rejane Zenir Jungbluth. Nem solução nem decisão: heurísticas e vieses cognitivos. **Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará**, Fortaleza, ano 14, n. 1, p. 259-277, jan./jul. 2022.

da restrição de porte de arma, pois o autor era policial civil. Ao ser ouvido na delegacia, o autor negou os fatos. A amiga da vítima relatou que o autor passou a acompanhá-las, mesmo com a resistência da vítima. O porteiro do prédio da vítima disse que viu o ofensor no local e que a vítima nunca negou a entrada dele no apartamento.

Ao ser ouvida em audiência, a vítima, perante o juiz, o promotor e o defensor público que estava na defesa do ofensor, disse que iria deixar a cidade e pediu a revogação das medidas protetivas. Manifestou o interesse de não prosseguir com os crimes que tratam de ação penal privada e ação penal pública condicionada à representação do ofendido. Houve manifestação favorável do Ministério Público e o juiz arquivou a investigação preliminar para essas hipóteses. Em relação ao crime lesão corporal, cuja ação penal é de natureza pública incondicionada, o Ministério Público requereu o arquivamento e houve a homologação judicial. Em data futura, cerca de dois meses após, o ex-namorado foi até o local de trabalho da vítima e a matou com dois tiros na cabeça. Em seguida, ele se matou³⁸⁸.

No âmbito do Conselho Nacional de Justiça, foi instituído um grupo de trabalho que elaborou o documento intitulado *Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero*. A obra traz várias menções aos vieses e uma análise das questões de gênero específicas ao ramo da Justiça. Ao tratar da justiça estadual, há um ponto sobre o valor probatório da palavra da vítima, o qual realça a pouca credibilidade dada à palavra da mulher, especialmente nos casos de crimes contra a dignidade sexual³⁸⁹.

Também é apontado o viés tecnológico ou algorítmico diante dos desafios da Inteligência Artificial no Direito. Trata-se de um campo da ciência que busca compreender o comportamento do cérebro e criar artefatos que simulem esse comportamento, com a finalidade de sintetizar e automatizar tarefas intelectuais. Em algumas medidas, as máquinas imitam o

³⁸⁸ Segundo a autora, ao falar sobre o exame probatório: “Percebe-se que o erro se ancorou em percepção enviesada das relações de gênero decorrente de uma heurística. O promotor desconsiderou as fotos acostadas aos autos e que exibem as marcas da violência, bem como o laudo do exame de corpo de delito, que comprova a agressão sofrida pela ofendida, e, acima de tudo, entendeu que, embora existisse ‘a narrativa contundente da vítima, o investigado negou veementemente a prática delitiva’”. SUXBERGER, Rejane Zenir Jungbluth. Nem solução nem decisão: heurísticas e vieses cognitivos. **Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará**, Fortaleza, ano 14, n. 1, p. 259-277, jan./jul. 2022. p. 271. O excesso de credibilidade da retratação da vítima retrata um contexto de injustiça testemunhal agencial. LACKEY, Jennifer. **Injustiça testemunhal criminal**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2024. p. 223.

³⁸⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**. Brasília, DF: CNJ: Enfam, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero-cnj-24-03-2022.pdf>. Acesso em: 17 set. 2024.

processo cognitivo humano após um processo de aprendizado. A revolução da informação foi gerada pelo computador, logo é possível a existência de um viés computacional³⁹⁰.

A palavra-chave na Inteligência Artificial é algoritmo, o qual é uma sequência de ações para resolver um problema ou responder uma questão. Há uma correlação da Inteligência Artificial com a Neurociência, pois as máquinas estão sendo programadas para executar funções que originalmente demandam raciocínio humano³⁹¹. A Inteligência Artificial funciona a partir de sistemas de dados que são programados para dar respostas de acordo com a base de dados disponível. Esses sistemas são os algoritmos e há uma crença de que seriam blindados aos vieses humanos. Porém, eles necessitam de uma atuação humana para programação inicial para utilização de dados³⁹².

No âmbito do Poder Judiciário, a Carta Europeia de Ética Sobre o Uso da Inteligência Artificial em Sistemas Judiciais, de 2018, a Comissão Europeia para Eficiência da Justiça (CEPEJ), identificou quatro grupos de possíveis aplicações. Os usos que devem ser encorajados dizem respeito a pesquisas de jurisprudência e criação de documentos de avaliação de critérios quantitativos e qualitativos para aprimoramento da justiça. Os usos possíveis, mas que exigem cautela, dizem respeito, por exemplo, à elaboração de parâmetros para a definição de valores de indenização e auxílio à utilização de meios de resolução de conflitos distintos do Judiciário, para que sejam estabelecidos padrões.

³⁹⁰ Yuval Noah Harari, ao falar sobre o viés computacional: “Mas nos livrarmos dos preconceitos algorítmicos pode ser tão difícil quanto nos livrarmos dos nossos preconceitos humanos. Uma vez que o algoritmo é treinado, ‘destreiná-lo’ exige bastante tempo e esforço. Podemos acabar simplesmente abandonando o algoritmo preconceituoso para tentar um novo algoritmo com um conjunto de dados menos insidioso. Mas em que lugar do mundo encontraremos um conjunto de dados totalmente isento de preconceitos?”. HARARI, Yuval Noah. **Nexus: uma breve história das redes de informação, da Idade da Pedra à inteligência artificial**. São Paulo: Companhia das Letras, 2024. p. 301-302.

³⁹¹ A Inteligência Artificial, tradicionalmente IA generativa, desenvolveu um novo modelo, denominado IA Racional, cuja tecnologia consegue raciocinar como seres humanos para respostas mais eficientes. VIDAL, Felipe. CHATGPT o1-mini: IA racional já pode ser testada gratuitamente. **TecMundo**, Curitiba, 18 set. 2024. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/software/289696-chatgpt-o1-mini-ia-racional-testada-gratuitamente.htm>. Acesso em: 21 set. 2024.

³⁹² Dierle Nunes, Natanael Lud e Flávio Quinad Pedron exemplificam o viés tecnológico: “Para exemplificar como ocorre o viés tecnológico, Bartya Friedman e Helen Nissembaum citam o caso dos sistemas computadorizados de reservas de voos, que são usados pelos agentes de viagens para identificar e reservar voos de companhias aéreas para seus clientes. A princípio, o sistema parece muito direto: quando o agente de viagem faz o *input* de dados dos detalhes da viagem (destino, data etc.), o sistema busca as opções mais razoáveis de voos em relação aos interesses do cliente. São levados em consideração vários critérios, como voo direto, rotas mais diretas e menor tempo de viagem. Entretanto, nos Estados Unidos, na década de 1980, várias companhias aéreas levaram reclamações à divisão Antitruste do Departamento de Justiça Americano em relação a práticas anticompetitivas por parte da American Airlines e da United Airlines, visto que seus sistemas de busca (Sabre e Apolio, respectivamente) dominavam todo o mercado. Uma das acusações era a de que aqueles sistemas de busca estavam enviesados”. NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e debiasing**. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 138.

Há os usos que necessitam de estudos científicos complementares, tais como a identificação do padrão decisório do juiz, com o objetivo de auxílio à tomada de decisões e a análise do sistema jurídico como um todo. Os usos em relação aos quais deve haver extrema reserva é a disponibilização aos julgadores de informações sobre decisões de outros juízes que levem em conta apenas o critério quantitativo. A Carta Europeia define cinco princípios: respeito aos direitos fundamentais, não discriminação, qualidade e segurança dos dados e do tratamento, a transparência, a imparcialidade e a equidade, além do controle do usuário.³⁹³

No Poder Judiciário brasileiro, a Resolução 332/2020, do Conselho Nacional de Justiça, dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso da Inteligência Artificial. Ao tratar da não discriminação, o artigo 7º da referida resolução faz menção ao viés discriminatório e à sua incompatibilidade com os princípios ali previstos. Também há expressa disposição de que a impossibilidade de eliminação do viés discriminatório implicará na descontinuidade de sua utilização³⁹⁴.

É importante registrar que os vieses acima referidos dizem respeito aos chamados vieses implícitos, ou seja, quando os indivíduos não têm consciência dos processos mentais que motivam suas ações e decisões. Fala-se aqui, no contexto da tese, do juiz fiel, ou seja, aquele

³⁹³ EUROPEAN COMMISSION. Directorate-General for Justice and Consumers. **Study on the use of innovative technologies in the justice field: final report**. Brussels: Publications Office, 2020. Disponível em: <https://data.europa.eu/doi/10.2838/585101>. Acesso em: 21 set. 2024. Ao falar do viés algoritmo e a discriminação em relação ao racismo, Airto Chaves Junior, Bárbara Guasque e Thiago Aguiar de Pádua: “Logo, algoritmos não são neutros, não são puramente matemáticos. Mas, por outro lado, o algoritmo não cria o preconceito, somente repete um padrão contemplado nos dados utilizados para treinamento do modelo. Como um algoritmo comporta uma sequência de regras para se chegar a um resultado, e embutido nessa sequência há um desvio, tem-se um problema no resultado final. Mas, em regra, isso está surgindo não dessa sequência de regras, que costuma ser objetiva, mas nos dados que reproduzem padrões e preconceitos sociais”. CHAVES JUNIOR, Airto; GUASQUE, Bárbara; PÁDUA, Thiago Aguiar. Inteligência Artificial, vieses algorítmicos e racismo: o lado obscuro da justiça algorítmica. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, ano 22, n. 35, jan./jun. 2024. p. 149.

³⁹⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 332, de 21 de agosto de 2020**. Brasília, DF: CNJ, 24 ago. 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original191707202008255f4563b35f8e8.pdf>. Acesso em: 21 set. 2024. Erik Navarro Wolkart, ao falar das primeiras impressões da ação de sistemas de Inteligência Artificial pelo Poder Judiciário brasileiro, explica: “Em verdade, já existe um excelente diagnóstico a respeito da utilização de inteligência artificial pelo sistema de justiça brasileiro que, apesar de datar de 2020, parece-nos ainda bem atual. Trata-se do relatório ‘The Future of AI in the Brazilian Judicial System: AI Mapping, Integration and Governance’ produzido pela escola de políticas públicas da Universidade de Columbia (SIPA), em cooperação com o ITS (Instituto de Tecnologia e Sociedade, do Rio de Janeiro). Após análise cuidadosa, que não vamos reproduzir aqui, a SIPA apresenta sete recomendações para melhorar a eficiência na adoção de SAIs pelo Poder Judiciário brasileiro. São eles: criação de uma agenda de adoção da inteligência artificial; criação de uma ferramenta de avaliação dos softwares; integração dos atuais sistemas de gestão de processos; aumento da colaboração entre as cortes no que se refere à adoção e desenvolvimento dessas ferramentas; reforço do INOVA-Pje como *framework* para desenvolvimento e adoção de SAIs; facilitação da participação segura de desenvolvedores privados; monitoramento e avaliação do progresso dos SAIs dentro do Poder Judiciário”. WOLKART, Erik Navarro. **Inteligência artificial e sistemas de justiça: proposta de um framework regulatório para o desenvolvimento ético e eficiente**. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. p. 229-230.

que busca a verdade sobre os fatos, mas que, por sua natureza humana, está sujeito, de forma inconsciente, a esses desvios. Essa situação fica à margem da legislação, a qual parte da premissa de que os seres humanos, por serem racionais, estão no controle de suas decisões.

Contudo, é possível que exista um viés explícito, ou seja, quando os erros são cometidos em razão de um preconceito ou crença explícitos, com uma intenção consciente de assim agir. Nesse caso, está a se falar do juiz infiel, ou seja, aquele não busca determinar corretamente os fatos, mas, sim, favorecer a si próprio ou a terceiros. Nesse caso, é possível um controle da atuação do juiz caso seja externado o viés, a justificar o enquadramento em uma possível situação de parcialidade.

A doutrina discute um possível controle dos vieses implícitos por meio do que se denomina como *debiasing* ou desenviesamento. Há a proposição de uma atuação contraintuitiva, que implica aceitação das contribuições advindas de outras áreas do conhecimento para adotar uma postura de atenção às situações mais prováveis da incidência de erros cognitivos, tais como ocorrem nos julgamentos intuitivos e conhecer as peculiaridades do sistema rápido de pensar³⁹⁵.

Juarez Freitas aponta o possível controle por meio dos hábitos mentais, para que seja desligado o hábito de pensar somente de forma imediata e gerada a desconfiança das próprias crenças, ciente do viés da confirmação. Por esse sistema, na tomada de decisão, deve estar atento para o viés da aversão à perda e cultivará uma mentalidade prospectiva de custos e benefícios, com uma postura de vigilância máxima em relação a alterações anímicas. Ou seja, propõe uma rotina alternativa como antídoto para cada tipo de enviesamento³⁹⁶.

Dierle Nunes, Natanael Lud e Flávio Quinaud Pedron apontam a possibilidade de um *debiasing* preventivo no processo civil cooperativo. Na decisão de saneamento e organização do processo, momento em que serão fixados os fatos controvertidos e estabelecida a regra de distribuição do ônus da prova, quando realizada de forma compartilhada, mediante influência

³⁹⁵ WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. **Vieses da justiça**: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. 2. ed. Florianópolis: Emais, 2021. p. 127.

³⁹⁶ Ao falar sobre os hábitos mentais, assim pondera o autor: “Como frisei, os desvios sistemáticos podem ser contrapostos a novas rotinas reflexivas, desde que o intérprete perceba que os desvios cognitivos limitam e toldam a capacidade de avaliação sensata. Não se trata de negar a serventia evolucionária dos vieses. Tampouco pretendo dizer que toda predisposição seja sinônimo de erro. Longe disso. Saber lidar com as predisposições, no entanto, consiste em fazer com que deixam de funcionar como fonte de desvios e ilusões conducentes a erros sistemáticos”. FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 40, n. 130, p. 223-244, jun. 2013. p. 242.

das partes e com o esgotamento das dúvidas, diminui a possibilidade de que o juiz decida influenciado por alguma subjetivação impertinente³⁹⁷.

Os autores acima mencionados também apresentam uma proposta de *debiasing* corretivo, por meio da ferramenta do recurso contra as deficiências de cognição do órgão julgador de origem. A colegialidade, como garantia de um diálogo perante a instância revisora, atua como método de controle, a partir de uma nova interpretação e que possibilitaria a identificação de pontos de enviesamento cognitivo³⁹⁸. Contudo, deve ser observado que mesmo em órgãos colegiados é possível a incidência de vieses e de fatores extrajurídicos nos julgamentos. O desenviesamento cognitivo humano não pode ser evitado em sua integralidade, é uma função humana ineliminável.

A Neurociência está relacionada ao estudo dos vieses, especialmente no que diz respeito a como o cérebro humano processa informações e toma decisões, pois ajuda a compreender a base biológica desses vieses, a demonstrar as áreas do cérebro que estão envolvidas no processo de tomada de decisão. Também há uma inter-relação entre a neurociência e a psicologia do testemunho, que se utiliza das bases da memória para aplicar às provas que dela são dependentes.

4.3 Neurociência e a Psicologia do Testemunho

O estudo da Neurociência propicia o conhecimento da anatomia e fisiologia cerebrais, ou seja, o funcionamento do cérebro. Por meio desse conhecimento, são identificados os possíveis desvios cognitivos que podem ocasionar erros na tomada de decisão em um processo judicial. A Neurociência é uma importante área de conhecimento para o profissional do Direito e a sua utilização tem avançado em vários setores jurídicos, tais como nas políticas públicas, no estudo da vontade no direito civil, ao tratar do livre-arbítrio, na autocomposição de conflitos

³⁹⁷ NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais**: um estudo sobre vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e *debiasing*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 226. Flávio da Silva Andrade também aponta a decisão compartilhada para o *debiasing* na esfera do processo penal: “Como se vê, essa concepção de decisão compartilhada, fruto da cooperação, não só no âmbito civil, mas especialmente na esfera penal, ajuda a bem delinear o papel de cada sujeito processual, conduzindo-os a colaborar para a construção do provimento mais justo e adequado ao caso concreto, além de inibir o excesso de subjetivismo do julgador e o risco do decisionismo, harmonizando-se com o ideal de processo constitucional e democrático”. ANDRADE, Flávio da Silva. **Julgamentos criminais na perspectiva da psicologia**: heurísticas e vieses, dissonância cognitiva, falsas memórias e participação. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 150.

³⁹⁸ NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais**: um estudo sobre vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e *debiasing*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 251.

e no processo judicial, por meio da Psicologia do Testemunho e de possíveis mecanismos de detecção da verdade e da mentira.

No âmbito das políticas públicas, quando se está a falar na tomada de decisões complexas e das duas formas de pensar (rápido e devagar/intuitiva e reflexiva), o sistema intuitivo não deve ser elevado à condição de princípio categórico, pois inviabiliza a ponderação entre custos e benefícios. É o que se tem denominado de neurociência da moralidade³⁹⁹. A utilização de argumentos valorativos ou principiológicos podem ser um posicionamento formado a partir de uma tomada de decisão instintiva⁴⁰⁰.

A ideia da livre-arbítrio é extraída da Filosofia e sugere que o ser humano possui a capacidade de tomar decisões de maneira livre e voluntária⁴⁰¹. Entretanto, um dos desafios do livre-arbítrio decorre de afirmações da psicologia social sobre as capacidades cognitivas humanas, tais como a limitação da capacidade de considerar conscientemente uma das razões para a ação e o controle de suas ações, em razão dos pensamentos intuitivos e das suas crenças.

A vontade humana é submetida a aspectos sensoriais, funcionais e emocionais do cérebro e não se trata de um processo exclusivamente racional. Essa situação não é identificada pela legislação civil, pois o vício na vontade somente pode ser constatado caso haja alguma das hipóteses de erro ou ignorância, dolo, coação, estado de perigo ou lesão. Embora se encontre atualmente no Brasil alguns pontos em que se discute uma dissonância cognitiva, como ocorre no caso do juiz das garantias, a legislação em regra busca aferir elementos anímicos do sujeito a partir daquilo que é externado.

³⁹⁹ WOLKART, Erik Navarro. A Neurociência da moralidade na tomada de decisões jurídicas complexas e no desenho de políticas públicas. In: WOLKART, Erik Navarro; MILAN, Matheus (coord.). **Neurolaw: direito, neurociência e sistema de justiça**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 49.

⁴⁰⁰ Segundo Erick Navarro Wolkart: “Todavia, nos temas difíceis, para os quais não haja norma escrita ou jurisprudência clara, a revisão de literatura demonstrou a existência de um corpo consistente de experimentos que demonstram que o debate deve centrar-se na pesquisa de benefícios e dos malefícios daquele posicionamento para a coletividade, apesar de a nossa intuição forçar-nos a decidir com base em convicções principiológicas, muitas vezes dissociadas da realidade. Ficou claro que o entendimento de como o cérebro funciona é fundamental para superar esse problema e mudar as premissas nas escolhas públicas”. WOLKART, Erik Navarro. A Neurociência da moralidade na tomada de decisões jurídicas complexas e no desenho de políticas públicas. In: WOLKART, Erik Navarro; MILAN, Matheus (coord.). **Neurolaw: direito, neurociência e sistema de justiça**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 55.

⁴⁰¹ Alessandra Belfort Bueno Fernandes de Castro, Fabrício Fernandes de Castro e Renato César Cardoso, ao falarem do livre-arbítrio: “Em linhas muito gerais, segundo uma moldura tradicional (raramente questionada pelas teorias do Direito mais conhecidas e ensinadas), estando no exercício pleno das suas capacidades intelectuais, o indivíduo escolheria livremente a sua conduta e o Direito encarregar-se-ia de atribuir a essa conduta livremente escolhida as consequências correspondentes”. CASTRO, Alessandra Belfort Bueno de; CASTRO, Fabrício Fernandes de; CARDOSO, Renato César. Possíveis implicações no direito civil brasileiro da neurociência do livre-arbítrio. In: WOLKART, Erik Navarro; MILAN, Matheus (coord.). **Neurolaw: direito, neurociência e sistema de justiça**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 172.

Na busca pela solução consensual dos conflitos, ou autocomposição, a interdisciplinaridade é um importante instrumento a ser utilizado. Conforme mencionado, a constelação familiar é realizada por algumas unidades judiciárias. O conflito é um fenômeno multifacetado decorrente da convivência humana. A abordagem jurídica do conflito é a divergência entre as partes sobre algum ponto de fato ou de direito, ou sobre ambos, a provocar uma situação de insatisfação.

As técnicas autocompositivas trazidas no Código de Processo Civil são a conciliação e a mediação (artigo 165, §2º e §3º), caracterizadas pela maior ou menor participação do terceiro na construção de uma solução consensual. A contribuição da Neurociência é sobretudo para a compreensão da influência das emoções e sentimentos que dão causa às demandas, a superar o ideal de mecanismos puramente racionais. O diálogo entre a Neurociência e o Direito pode propiciar uma efetiva resolução dos conflitos⁴⁰².

No contexto de um processo judicial, a imparcialidade do juiz é questionada em uma perspectiva neurocientífica. Se as crenças ou vivências anteriores podem modificar o cérebro do juiz, mesmo sem a intenção de ser parcial, pode não ser capaz de se sobrepor completamente a essas influências. O mecanismo de controle reside nos recursos, com a formação de colegiados, permitindo que múltiplas mentes analisem a decisão recorrida, aumentando a chance de se alcançar uma decisão mais acertada⁴⁰³.

O controle da atuação na tomada de decisão judicial diz respeito ao sistema do ônus da prova, para que o juiz tenha estímulos no caso concreto e não fique possibilitado de decidir algo simplesmente absurdo. Além da distribuição do ônus da prova, há o controle por meio da fundamentação, para que possa ser contrastada a sua sentença com uma outra decisão após a interposição do recurso⁴⁰⁴. No direito probatório, a Neurociência tem papel de destaque no estudo das provas dependentes da memória, ao trazer aportes sobre o funcionamento do cérebro.

⁴⁰² LEITE, Monique Marchioli; OLIVEIRA, Suane Moreira. As perspectivas neurocientíficas da autocomposição dos conflitos judiciais. In: WOLKART, Erik Navarro; MILAN, Matheus (coord.). **Neurolaw: direito, neurociência e sistema de justiça**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 92.

⁴⁰³ Segundo Jordi Nieva Fenoll, “*En conclusión, si no existe la libertad, no puede existir la imparcialidad. Pero incluso aunque no existiera en la realidad, debería crearse un sistema en el que los condicionamientos de cada juez puedan llegar a neutralizarse para obtener un ejuiciamiento lo más ecuánime posible*”. NIEVA FENOLL, Jordi Nieva. Proceso judicial y neurociencia: una revisión conceptual del derecho procesal. In: TARUFFO, Michel; NIEVA FENOLL, Jordi (dir.). **Neurociencia y proceso judicial**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 174.

⁴⁰⁴ NIEVA FENOLL, Jordi Nieva. Proceso judicial y neurociencia: una revisión conceptual del derecho procesal. In: TARUFFO, Michele; NIEVA FENOLL, Jordi (dir.). **Neurociencia y proceso judicial**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p.176-178.

As redes neurais do cérebro contêm quatro princípios. O princípio da associação decorre da peculiaridade do cérebro de trabalhar de modo associativo, a enxergar relações de causa e efeito e buscar estruturas coerentes. São estabelecidos padrões e inferências a partir de coincidências de tempo, espaço, objetos e pessoas. Crenças são criadas e algumas delas podem gerar distorções cognitivas em relação à realidade. Um trauma vivido por uma pessoa, tal como um acidente de trânsito ou um atropelamento, pode automaticamente disparar reações sensoriais e gerar ilusões⁴⁰⁵.

As associações que são realizadas pelo cérebro têm uma relação de compatibilidade com as informações que as pessoas já têm ou esperam ter. As informações são priorizadas de acordo com as expectativas e se relacionam com o conhecimento prévio obtido. Há uma seletividade em razão da impossibilidade de se armazenar todas as informações e uma tendência de se negligenciar informações contrárias àquelas obtidas. Trata-se do princípio da compatibilidade, o qual tem relação com a dissonância cognitiva e o viés da confirmação, anteriormente mencionados, além do efeito *priming*⁴⁰⁶.

O princípio da retenção diz respeito à exposição a um evento e o seu ingresso nas redes neurais. Conforme mencionado anteriormente, não são todas as informações que são retidas, porém aquelas armazenadas não podem mais ser apagadas⁴⁰⁷. Os vieses da ancoragem e retrospectivo estão associados a esse princípio. Se um magistrado foi vítima de um atropelamento que o marcou, ele é afetado pela experiência. Uma ação de responsabilidade civil em condições semelhantes pode influenciar o julgamento devido à retenção de informações pretéritas, o que pode até gerar vieses.

O princípio do foco traz um aspecto importante relacionado à tomada de decisão, pois, como não é possível assimilar todas as informações, o cérebro foca nos aspectos associativos existentes nas redes neurais. Daniel Kahneman diz que o que se vê é tudo o que há. O autor utiliza a abreviatura “WYSIAT”, as iniciais de “*why you see is all there*”, ou seja, “o que você

⁴⁰⁵ TOSCANO JR., Rosivaldo. **O cérebro que julga**: neurociência para juristas. Florianópolis: Emais, 2023. p. 51-53.

⁴⁰⁶ Segundo George Marmelstein, “*Priming* é o processo pela qual a exposição a um estímulo tende a influenciar a resposta ou reação a um estímulo subsequente”. MARMELESTEIN, George. **Testemunhando a injustiça**: a ciência da prova testemunhal e as das injustiças inconscientes. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2023. p. 34.

⁴⁰⁷ Rosivaldo Toscano Jr., ao falar do princípio da retenção, explica: “Qualquer informação, mesmo que irrelevante ou contraproducente, mesmo que errônea, uma vez tendo entrado nas redes neurais cerebrais, é associativamente integrada às informações nelas já existentes. Mas, ao contrário de um computador, na rede neural humana não existe um botão ‘delete’ nem o comando ‘CTRL +Z’. A exposição a um evento pode fazê-lo ingressar nas redes neurais e não mais ser ignorado ou excluído completamente, afetando eventuais decisões futuras em situações que evoquem esse evento”. TOSCANO JR., Rosivaldo. **O cérebro que julga**: neurociência para juristas. Florianópolis: Emais, 2023. p. 55. MARMELESTEIN, George. **Testemunhando a injustiça**: a ciência da prova testemunhal e as das injustiças inconscientes. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2023. p. 55.

vê é tudo o que há”⁴⁰⁸. Esse fenômeno tem relação com os vieses de disponibilidade e egocêntrico.

Essa base do estudo das redes neurais, por meio da Neurociência, é muito útil para a Psicologia do Testemunho, a qual traz para o direito probatório aportes epistemológicos, notadamente acerca da fiabilidade do depoimento de uma testemunha. Esse ramo da ciência busca a compreensão da capacidade de testemunhar, dos elementos que apontam a qualidade da declaração e de técnicas de sua produção. É importante destacar que, embora o termo utilizado seja destinado ao testemunho, as bases podem ser utilizadas em quaisquer provas que sejam dependentes da memória.

Conforme foi tratado no capítulo 1, especificamente no item 1.1, há uma distinção entre o fato externo, o fato percebido e o fato interpretado. A testemunha, ao ter contato com um fato externo, irá percebê-lo por meio dos sentidos, o que ocasiona a percepção, para, em seguida, interpretá-lo. Deve-se partir da premissa de que o depoimento não é fruto de uma lembrança imparcial e absoluta, mas de uma interpretação que é seletiva, de forma consciente ou inconsciente.

A partir desses dados, percebe-se que as provas dependentes da memória não tratam somente de um conhecimento jurídico, pois é estudada pelas mais diversas áreas de conhecimento, tais como a Psicologia, a Psiquiatria, a Neurociência e a Biologia. A memória, por armazenar aprendizados e vivências, torna cada ser humano único e diferente das demais pessoas. Ela é necessária para qualquer ato da vida, pois é por meio dela, por exemplo, que uma pessoa vai ao local de trabalho e retorna para sua casa.

A memória é o resultado de um processo de percepção, armazenamento e evocação ou recuperação. No caso de um testemunho, deve ser acrescida a esse processo a linguagem, pois a pessoa irá externar o fato e deve ser ponderado como ela consegue expressá-lo. São apontadas três fases de formação da memória: a primeira delas consiste na aquisição ou codificação⁴⁰⁹, a qual engloba a percepção do evento por algum dos órgãos sensoriais e a codificação da informação recebida; a segunda é a retenção ou armazenamento, que se refere à manutenção da

⁴⁰⁸ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 112.

⁴⁰⁹ Paula Thieme Kagueiama pondera o seguinte acerca dessa primeira fase: “Todavia, o processo de aquisição da informação não funciona tal qual a gravação de um vídeo. Em primeiro lugar, a pessoa não é capaz de perceber o evento em sua inteireza, ante a seletividade e a limitação da atenção e da compreensão humana. No mais, estereótipos, expectativas, traumas e estresse moldam o que e como se percebe os fatos ocorridos na realidade”. KAGUEIAMA, Paula Thieme. **Prova testemunhal no processo penal**: um estudo sobre falsas memórias e mentiras. São Paulo: Almedina, 2021. p. 95.

memória ao longo do tempo; a última etapa consiste na recuperação, ao trazer de volta à consciência a informação codificada e armazenada.

A memória pode ser classificada de acordo com os seus tipos. Dentre as classificações, há uma que leva em consideração o curso temporal de armazenamento. Há uma memória imediata, de curto prazo, que detém a capacidade de manter informações de experiências com retenção temporária. Quando não é utilizada com reiteração, a informação se perde, tal como o número de telefone celular na agenda do celular e não mais repetido. A memória de longa duração consiste na informação que é sentida, percebida e considerada importante, a ponto de ser sedimentada por um período maior. É exemplo dessa situação o nascimento de um filho.

Há também uma classificação entre memória semântica e memória episódica, no que diz respeito ao seu conteúdo. A primeira cuida do significado das coisas e do conhecimento sobre o mundo. Ela é estruturada em esquemas, detém aspectos mais gerais e frequentemente é adquirida pelo hábito. A memória episódica se refere a um evento específico e possui uma coordenação espacial e/ou temporal. Por essa razão, é a memória que prepondera no testemunho⁴¹⁰.

O cérebro é dotado de neuroplasticidade, que é uma capacidade de se modificar tanto em termos estruturais quanto em termos funcionais, para que as pessoas se adaptem a novas experiências, aprendam novas informações e criem novas memórias. As redes neurais são subjacentes a hábitos, cognições, padrões de emoção, saúde cerebral e transtornos mentais. Em razão dessa plasticidade cerebral, a memória é maleável e seu conteúdo pode ser modificado por um evento externo.

Do ponto de vista pragmático, de aplicação em um processo judicial e influência na tomada de decisão judicial, é importante destacar que uma pessoa não consegue armazenar todas as informações, pois a capacidade atencional é limitada. Além disso, em razão da maleabilidade da memória, há fatores voluntários e involuntários que podem afetar o momento em que há a recuperação em relação a determinado evento. A recuperação deve ser vista como uma reconstrução, e não como uma reprodução.

⁴¹⁰ Luís Filipe Pires de Sousa, ao explicar sobre a memória semântica, afirma: “Do ponto de vista da psicologia do testemunho, a memória semântica releva na medida em que a mesma contém categorias conceituais que influem no processo perceptivo e de identificação. Essas categorias são utilizadas a longo termo quando o sujeito tentar interpretar e reconstituir a experiência episódica. Ou seja, a evocação posterior do evento não contém apenas elementos efetivamente presentes mas também outros que são associados à representação mental do evento. Exemplificando: o relato de um furto num supermercado inclui não só aspectos específicos daquele supermercado naquele concreto momento mas também aspectos mais gerais relacionados com o conceito de supermercado, do momento do pagamento, modo de pagamento, etc. Estes últimos aspectos são ativados automaticamente na interpretação dos factos relatados”. SOUSA, Luís Felipe Pires de. **Prova testemunhal**. Coimbra: Almedina, 2017. p. 13.

Existem fatores que influenciam e que podem gerar falhas na percepção e na recuperação das memórias da testemunha. Dentre as falhas na percepção, podem ser descritos aspectos visuais básicos, tais como luz, alterações de luz e cor, velocidade, distância, tempo de exposição durante o evento, idade, efeito foco na arma ou em objetos que estão fora de contexto, estresse, álcool e outras drogas. As falhas na recuperação da memória podem ser influenciadas pelo tempo entre o evento e a recuperação, informações pós-evento, *feedback* sobre o desempenho da testemunha e a forma como as perguntas são feitas.

Quanto às condições visuais, se o fato for presenciado em condições de baixa luminosidade, é bastante improvável que a testemunha consiga identificar a cor da pele de uma pessoa, do seu cabelo, da roupa que usava, ou mesmo que a pessoa em si seja identificada. A situação também pode envolver mudanças de luminosidade, em razão da necessidade de um tempo para o olho humano se adaptar do ambiente escuro para o claro, ou do ambiente claro para o escuro⁴¹¹.

A descrição da velocidade de determinado evento por uma testemunha também é um fator que pode sofrer influências. O Código de Trânsito Brasileiro, ao tratar das infrações, prevê no artigo 218 que o trânsito em velocidade superior à permitida para o local deve ser medida por instrumento ou equipamento hábil. A descrição da sanção administrativa destaca que a aferição da velocidade não pode ser feita por outro meio, tal como por um policial. A situação retrata que há um baixo grau de confiabilidade na identificação da velocidade por pessoas⁴¹².

Um fator que é dificultado para as testemunhas é a estimativa de distância. O aumento da distância aumenta a imprecisão na identificação dos sujeitos. As pessoas possuem dificuldade para avaliar a distância entre elas e objetos, entre dois objetos, ou entre a própria pessoa e outra. A Psicologia do Testemunho aponta que é difícil estabelecer em um processo judicial a distância real entre um criminoso e a testemunha somente com base na estimativa da testemunha⁴¹³.

⁴¹¹ Vitor de Paula Ramos cita os seguintes exemplos extraídos da obra de Elizabeth Loftus: “Isso prejudica a observação, por exemplo, quando alguém está, durante a noite, lendo um livro dentro de casa e vê um suspeito no jardim. A visão, acostumada com a luz da luminária para a leitura, não estará suficientemente adaptada à escuridão do jardim, principalmente para a observação de detalhes. Ou, para dar outro exemplo, quando alguém é subitamente acordado por um ofensor que acende a luz do quarto e começa a atirar. Nessa situação, o olho humano não tem tempo para se acostumar a condições de alta luminosidade, de modo que a percepção de cores pode ficar prejudicada enquanto os cones não passarem por uma recuperação completa”. RAMOS, Vitor de Paula. **Prova testemunhal: do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 164-165.

⁴¹² RAMOS, Vitor de Paula. **Prova testemunhal: do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 169.

⁴¹³ George Marmelstein menciona estudos acerca da variável distância e conclui: “De qualquer modo, em princípio, o risco de erro é bem significativo quando a distância é maior do que 15 metros, até mesmo em

A duração do evento também é um fator que pode gerar falhas de percepção. Quanto menor o tempo de duração, maior a chance de ocorrer erro de identificação. A exposição curta reduz a acuidade da testemunha. No caso de um processo penal, por exemplo, se a testemunha permaneceu em contato com o acusado por mais tempo, será, em tese, mais passível de ser recordado; se, entretanto, a testemunha teve um breve contato, é menos passível que venha a se recordar da identificação do acusado⁴¹⁴.

A idade como fator que afeta a percepção traz a ideia de que a memória de idosos é menos precisa do que a memória de jovens adultos. Com relação às crianças, quanto maior a sua idade, menor a diferença para adultos jovens. A conclusão acerca da idade é de que os adultos jovens possuem mais chances de identificar pessoas do que adultos idosos ou crianças. Os adultos jovens são pessoas consideradas entre 19 e 27 anos⁴¹⁵.

Também é apresentado como possível distorção na percepção da testemunha o denominado foco na arma (*weapon focus*). As testemunhas de um crime praticado por uma pessoa que esteja armada tendem a dirigir a atenção para a arma. Nessa situação, possivelmente é agregado um outro fator, o estresse. Com relação a esse fator, não há consenso se o efeito é negativo ou positivo na produção da prova testemunhal, pois pode tornar o indivíduo mais atento em razão de um estímulo do ambiente e pronto para eventual ação⁴¹⁶.

Como último fator a atuar na percepção da testemunha, há a ingestão de álcool e drogas. A depender do grau de intoxicação, a pessoa pode vir a sofrer uma lacuna em sua memória, a ponto de uma testemunha não se lembrar de nada do que aconteceu. Quanto maior o nível alcoólico, maior será o déficit cognitivo. Além do mais, uma pessoa que, em razão da

condições ideais de iluminação”. MARMELSTEIN, George. **Testemunhando a injustiça**: a ciência da prova testemunhal e as injustiças inconscientes. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2023. p. 81.

⁴¹⁴ Vitor de Paula Ramos faz menção à seguinte situação: “Para fins de identificação posterior, por exemplo, o tempo de exposição àquilo que se quer lembrar é decisivo. Em um estudo envolvendo jovens, com idade média de 19 anos, e idosos, com idade média de 68 anos, o tempo de exposição da face do sujeito, passando de 12 para 45 segundos, causou aumentos significativos nas taxas de reconhecimento correto e diminuição nas taxas de falso reconhecimento”. RAMOS, Vitor de Paula. **Prova testemunhal**: do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 171.

⁴¹⁵ RAMOS, Vitor de Paula. **Prova testemunhal**: do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 173.

⁴¹⁶ Vitor de Paula Ramos, ao falar sobre o estresse, apresenta a seguinte conclusão: “As duas conclusões de estudo, a que se chegou com alto grau de comprovação científica, foram de que o estresse tem um efeito negativo tanto na acuidade da identificação promovida por testemunhas quanto na memória de detalhes”. RAMOS, Vitor de Paula. **Prova testemunhal**: do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 178. George Marmelstein pondera o seguinte sobre o estresse: “Embora o estresse possa afetar negativamente a memória, ele também ativa um estado de alerta que pode ter um efeito positivo na capacidade cognitiva. Daí porque não há consenso científico sobre o impacto do estresse na prova testemunhal. Alguns estudos indicam que o impacto é positivo, enquanto outros indicam o contrário”. MARMELSTEIN, George. **Testemunhando a injustiça**: a ciência da prova testemunhal e as injustiças inconscientes. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2023. p. 71.

ingestão de álcool ou drogas, tenha lembranças mais turvas pode ser mais suscetível à manipulação e à constituição de falsas memórias⁴¹⁷.

A formação de falsas memórias é um processo que pode ocorrer de forma espontânea, decorrente do funcionamento normal da memória. No entanto, a falsa memória também pode ser provocada, a sofrer influências externas a partir de uma sugestionabilidade que atua na recuperação de um evento. Daniel L. Schacter aponta sete pecados da memória: o pecado da transitoriedade, o pecado da distração, o pecado do bloqueio, o pecado da atribuição errada, o pecado da sugestionabilidade, o pecado da distorção e o pecado da persistência⁴¹⁸.

A partir do momento que os fatores que atuam na recuperação da memória por uma testemunha são analisados, a sugestionabilidade é um importante instrumento que deve ser considerado em um caso concreto. Há, nesse sentido, regras jurídicas que atuam no controle da produção das provas dependentes da memória, notadamente da prova testemunhal. É estabelecido, por exemplo, quem tem capacidade para ser testemunha, os deveres da testemunha, as exceções ao dever de depor, a proibição de prestar depoimento em razão do segredo profissional e a acareação.

Em relação à Psicologia do Testemunho e à produção da prova em juízo, algumas regras jurídicas devem ser destacadas. O artigo 203 do Código de Processo Penal, na sua parte final, prevê que a testemunha deve sempre explicar as razões de sua ciência e as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade. Esse dispositivo legal é de extrema importância acerca dos fatores que atuam na percepção do evento pela testemunha, tais como aspectos visuais, distância, tempo de exposição ao evento e eventual ingestão de álcool ou drogas.

O Código de Processo Penal também busca controlar que o testemunho seja prestado de forma imparcial, ao estabelecer vedações para as pessoas que tenham alguma relação de parentesco com o acusado (artigo 206). No processo civil, o Código de Processo Civil apresenta uma abordagem mais extensiva de possíveis causas de parcialidade da testemunha, ao tratar,

⁴¹⁷ Sobre as falsas memórias, Gustavo Noronha de Ávila assim as define: “Elas consistem em recordações de situações que, na verdade, nunca aconteceram. A interpretação errada de um acontecimento pode ocasionar a formação de falsas memórias. Embora não apresentem uma experiência direta, as falsas memórias representam a verdade como os indivíduos as lembram”. ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2013. p. 104.

⁴¹⁸ Em relação ao pecado da sugestionabilidade, Daniel L. Schacter descreve o seguinte: “A sugestionabilidade na memória pode ser descrita como uma tendência do indivíduo a incorporar informações enganadoras de fontes externas – outras pessoas, material escrito ou imagens, até mesmo os meios de comunicação – as recordações pessoais”. SCHATER, Daniel L. **Os setes pecados da memória: como a mente esquece e lembra**. Rio de Janeiro: Rocco, 2003. p. 143.

além das situações que envolvam relação de parentesco, a inimizade ou amizade íntima com a parte o que tiver interesse no litígio (artigo 447, §3º). Há, também, um mecanismo de controle fornecido às partes por meio da contradita⁴¹⁹.

Outro ponto importante do controle jurídico da produção da prova testemunhal é a incomunicabilidade da testemunha (artigo 210, parágrafo único, do Código de Processo Penal). O mesmo dispositivo prevê no *caput* que as testemunhas devem ser ouvidas separadamente, de forma que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras. A situação tenta coibir o surgimento de falsas memórias provocadas por influências externas. Embora não seja possível exercer um controle total da testemunha até a sua oitiva em juízo, a incomunicabilidade é um mecanismo que deve ser observado para evitar a sugestionabilidade no depoimento⁴²⁰.

Outro fator que pode influenciar na sugestionabilidade do depoimento é a forma como as perguntas são direcionadas às testemunhas. São as chamadas técnicas de inquirição. O Código de Processo Penal, ao tratar das perguntas formuladas às testemunhas, prevê que o juiz não deve admitir aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem repetição de outra já respondida (artigo 212). O Código de Processo Civil, no artigo 459, §2º, acrescenta que não devem ser feitas perguntas consideradas impertinentes, capciosas ou vexatórias.

O modo como as perguntas são feitas pode gerar um *feedback* sobre o depoimento da testemunha, além de gerar um viés confirmatório que pode ser enquadrado como pergunta capciosa. No entanto, embora haja um mandado normativo sobre as perguntas proibidas à testemunha em um processo judicial, a literatura jurídica e a jurisprudência pouco se ocupam do texto legal, a fim de propiciar que não ocorra um efetivo controle da atividade de inquirição.

⁴¹⁹ José Carlos G. Xavier de Aquino aponta quatro caminhos para o juiz diante de uma contradita: “Quatro são os caminhos a serem tomados pelo juiz, a saber: 1) no caso do artigo 206, consulta a testemunha se deseja ou não prestar o múnus; 2) exclusão se por acaso ocorrerem as causas enunciadas no art. 207; 3) não deferição de compromisso a que alude o art. 203 às pessoas mencionadas no art. 208; e 4) tomada de depoimento para posterior valoração do *dictum*.” AQUINO, José Carlos G. Xavier. **A prova testemunhal no processo penal brasileiro**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 101-102.

⁴²⁰ Vitor de Paula Ramos, ao tratar das falhas na recuperação da memória relacionadas às informações pós-evento (*post-event information*), relata o seguinte: “O que inúmeros estudos demonstram a esse respeito é que a testemunha pode ‘absorver’ algumas das ideias e impressões de outros, misturando-as com as suas próprias recordações. Essa temática é estudada com o nome de *post-event information*, ou *post-event misinformation*, isto é, (des)informações pós-evento, que podem influenciar na forma como a testemunha o recorda”. RAMOS, Vitor de Paula. **Prova testemunhal: do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 187.

A pergunta proibida é aquela que não confere um espaço de disponibilidade a ser preenchido pelo destinatário. Ela reduz a possibilidade de resposta por ser incompatível com outras possibilidades. No direito norte-americano, há o entendimento jurisprudencial sobre as *leading questions*, cuja formulação não é recomendada pela *Rule 611 (c)* das *Federal Rules of Evidence* nas hipóteses de *direct examination*. É a situação em que se sugere uma resposta específica ou se pressupõe a verdade de um fato controverso⁴²¹.

Segundo a legislação brasileira, a estrutura da tipologia das perguntas proibidas é composta pelos subtipos de perguntas indutivas⁴²² e perguntas capciosas. As perguntas indutivas têm como estrutura fundante a sugestividade. Há a formulação de uma escada de sugestividade das perguntas. A pergunta menos sugestiva é a chamada *requestion* (pergunta de competência), que questiona superficialmente sobre determinado evento. É a forma de um relato livre ou narração livre, em que a testemunha comparece em juízo e deve relatar de forma livre sobre aquele evento que aconteceu⁴²³. Em lado oposto, está a chamada *tag question* (pergunta de rotulagem). É uma declaração com adição de uma pergunta posterior que pretende confirmar a informação, por exemplo, “O Fulano estava presente no dia dos fatos, não estava?”.

As perguntas capciosas⁴²⁴ são aquelas que podem conter um gatilho proposicional. A forma que foi formulada é enganosa e tem a intenção de confundir a testemunha. A proposição consiste na informação não fornecida pelo outro participante do discurso e condiciona o entrevistado a esse pressuposto. As pressuposições podem conter descrições definidas (“Você viu o acusado de boné laranja?”), verbos que introduzem pressuposições (“Por que você não conseguiu sufocar a vítima?”), expressões iterativas que levam à pressuposição de que o evento aconteceu anteriormente (“Você reafirma a sua culpa?”), ou, ainda, expressões temporais (“O

⁴²¹ PINTER, Rafael. **As perguntas proibidas nos processos civil e penal**: como identificar e controlar as perguntas indutivas e as perguntas capciosas na atividade inquiratória. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 26.

⁴²² Segundo Rafael Pinter: “As perguntas indutivas são aquelas perguntas sobre fatos pertinentes que *eliminam* as possibilidades especiais e, conseqüentemente, não abrem um espaço de possibilidades a ser preenchido pelo destinatário em razão da própria *restrição* de possíveis respostas contidas na pergunta. Tais perguntas indicam uma específica resposta e, por conseguinte, *induzem* o entrevistado”. PINTER, Rafael. **As perguntas proibidas nos processos civil e penal**: como identificar e controlar as perguntas indutivas e as perguntas capciosas na atividade inquiratória. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 29-30.

⁴²³ MASSENA, Caio Badaró. A prova testemunhal no processo penal brasileiro: uma análise a partir da epistemologia e da psicologia do testemunho. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 156, 2019. p. 47.

⁴²⁴ Rafael Pinter também apresenta um conceito de perguntas capciosas: “As perguntas capciosas são aquelas perguntas sobre fatos pertinentes que *condicionam* as possibilidades espaciais e, conseqüentemente, não abrem um espaço de possibilidades a ser preenchido pelo destinatário em razão da própria *pressuposição* contida na pergunta. Tais perguntas pressupõem informações de conhecimento mutuamente *não* compartilhado e, portanto, *enganam* o entrevistado”. PINTER, Rafael. **As perguntas proibidas nos processos civil e penal**: como identificar e controlar as perguntas indutivas e as perguntas capciosas na atividade inquiratória. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 36.

homem entrou no carro após efetuar disparos contra a vítima?”, a pressupor, no caso, que foram efetuados disparos)⁴²⁵.

Outra possível falha na recuperação da memória diz respeito ao tempo entre o evento e o depoimento (*retention interval*). No sistema processual penal brasileiro, de natureza acusatória, as vítimas e testemunhas, em regra, são ouvidas em dois momentos: primeiramente na Delegacia de Polícia logo após o acontecimento e, posteriormente, em audiência de instrução, perante a autoridade judiciária e demais sujeitos processuais. O Código de Processo Penal prevê que a audiência deve ocorrer no prazo máximo de 60 dias (artigo 400), contudo essa não é a realidade de algumas unidades judiciárias no Brasil.

Há um enunciado de súmula do Superior Tribunal de Justiça (enunciado nº 455) que relata que o mero decurso do tempo não justifica, unicamente, a produção antecipada de provas. A produção antecipada de provas no processo penal está prevista no artigo 366 do Código de Processo Penal e retrata a situação em que o acusado, citado por edital, não comparece nem constitui advogado, o que propicia a suspensão do processo e do curso do prazo prescricional, bem como a determinação judicial para a produção de provas consideradas urgentes.

Esse enunciado é citado pelos estudiosos da Psicologia do Testemunho, pois não leva em consideração o fator tempo para que a prova testemunhal seja produzida antecipadamente em um contexto que o acusado não é localizado para a citação pessoal. Há uma construção jurisprudencial no sentido que seria permitida a oitiva de policiais militares, pois estão expostos a fatos semelhantes em sua atividade profissional, mas o testemunho fica circunscrito a esses agentes públicos⁴²⁶.

Além dos fatores acima apontados que atuam na percepção e recuperação da memória humana e que podem gerar falhas, há um outro fator que deve ser ponderado: a linguagem. A informação armazenada na memória da testemunha é exteriorizada às partes e ao julgador por

⁴²⁵ PINTER, Rafael. **As perguntas proibidas nos processos civil e penal**: como identificar e controlar as perguntas indutivas e as perguntas capciosas na atividade inquiratória. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 36-45.

⁴²⁶ Tiago Gagliano Pinto Alberto critica o conteúdo do enunciado da súmula: “Ao que parece, o enunciado sumular caminha em trilha completamente oposta aos ajustes científicos comprovados por estudos de laboratórios, bem como em casos práticos levados a cabo na compreensão psicológica do testemunho, segundo os quais a prova oral, por ser ampla e drasticamente afetada pela decorrência do tempo, deve ser colhida o mais rápido possível. É justamente o oposto ao que menciona o Superior Tribunal de Justiça; isto é, o decurso do tempo justifica, por si só, a colheita antecipada da prova oral. Embora o destacado entendimento já venha passando por releituras, ainda parece prevalente no ambiente da valoração judicial da antecipação da prova oral”. ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. Decisão judicial e valoração da prova oral: alguns aportes teóricos oriundos da psicologia do testemunho. **Revista Judiciária do Paraná**, Curitiba, ano XV, n. 20, p. 175-192, nov. 2020. p. 177-178.

meio da linguagem, a qual é a materialização do pensamento e exerce um relevante papel na transmissão de um dado. As falhas na linguagem podem decorrer de fontes externas, como a sugestionabilidade, ou por meio de fontes endógenas de ruídos⁴²⁷.

Esses fatores que podem ocasionar falhas na memória humana podem conter especificidades quando se está a falar do depoimento infantil. C.J.A. Mittermaier, ao abordar sobre as testemunhas ditas incapazes, enquadra as crianças como testemunhas que não podem observar os fatos por lhe faltarem as faculdades necessárias para essa condição⁴²⁸. Na Psicologia do Testemunho, são apontados alguns fatores específicos em relação à criança, tais como o desenvolvimento do ser humano em tenra idade, alta dependência de referência externa, maior propensão às falsas memórias e à sugestionabilidade, e a ausência de capacidade de reflexão sobre as consequências dos seus atos.

No ordenamento jurídico brasileiro, há a Lei nº 13.431/2017, que estabelece o sistema de garantias e direitos da criança ou adolescente, vítima ou testemunha de violência. Os artigos 7º e seguintes da referida Lei tratam da escuta especializada e do depoimento especial. Segundo o artigo 8º, o depoimento especial é o procedimento de oitiva perante a autoridade policial ou judiciária. Esse procedimento deve ser regido por protocolos e sempre que possível será realizado somente uma vez, para evitar a revitimização. O depoimento será acompanhado por profissional especializado, o qual detém a melhor técnica para a inquirição e poderá evitar sugestionamento ou falsas memórias.

Dessa forma, em relação aos fatores que podem atuar na falha humana, embora contenha algumas regras jurídicas, a Psicologia do Testemunho contribui com importantes aportes epistemológicos para uma melhor produção e valoração probatórias pelo juiz no que diz respeito às provas dependentes da memória. Essas falhas são vistas como “erros honestos” ou fatores involuntários que podem contaminar a prova. Não se trata de mentira, a qual é sancionada criminalmente por meio do delito de falso testemunho.

⁴²⁷ Lara Teles Fernandes, ao versar sobre as falhas na linguagem: “A conclusão é de que, a despeito de não impossibilitar totalmente o acesso à realidade objetiva, a linguagem, como meio autônomo de transmissão de dados, que deve ser compreendido à luz da cosmovisão sujeito transmissor, tem poder de influenciar a informação transmitida, contaminável pelo espírito próprio de quem a veicula, o que não pode ser ignorado pelo magistrado no momento da valoração probatória”. FERNANDES, Lara Teles. **Prova testemunhal no processo penal**: uma proposta interdisciplinar de valoração. Florianópolis: Emais, 2023. p. 180.

⁴²⁸ MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. 5. ed. Campinas: Bookseller, 2008. p. 325.

Discute-se na Neurociência e na Psicologia do Testemunho acerca da possível detecção de mentiras em um depoimento. Vitor de Paula Ramos sustenta que não existem ferramentas eficientes para que se possa garantir a veracidade de um testemunho⁴²⁹. Por outro lado, com base na Neurociência, sustenta-se a existência de métodos de detecção do engano e da verdade no processo penal⁴³⁰.

Os fatores extrajurídicos que atuam na produção e valoração probatórias pelo juiz são analisados na perspectiva da Economia Comportamental e da Psicologia Cognitiva, notadamente a Psicologia do Testemunho. Os aportes interdisciplinares e epistemológicos são importantes e buscam tornar o sistema jurídico mais coerente e menos propício à incidência de erros, tanto na produção quanto na valoração probatórias pelo juiz. No capítulo seguinte, será desenvolvida a análise das regras jurídicas e dos fatores extrajurídicos de acordo com alguns meios de prova, a fomentar uma análise conjunta e casuística com base naquilo que foi desenvolvido durante a tese. Contudo, deve ser ponderado que, embora se busque cada vez mais obter respostas por meio da ciência, a ciência não tem todas as respostas⁴³¹.

⁴²⁹ RAMOS, Vitor de Paula. **Prova testemunhal**: do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 240-241.

⁴³⁰ María Luisa Villamarín López, ao tratar sobre os progressos da neurociência na detecção do engano, cita algumas técnicas neurológicas e aponta seus possíveis usos: “Tanto a prática de um fMRIc como a de um teste *brainfingerprinting* exigem que a investigação penal esteja e iniciada e delimitada. Portanto, essas ferramentas servem para confirmar dados já conhecidos ou para a busca de informações novas, mas sempre com relação a eventos concretos e já conhecidos – ao menos parcialmente – pelos investigadores, e não para a realização de uma pesquisa genérica. Em outras palavras, um sujeito não pode ser submetido ao *brainfingerprinting* para que se tente encontrar, em alguma parte de seu cérebro, eventual ‘rastro’ da prática de algum ilícito em algum momento da sua vida”. LÓPEZ, María Luisa Villamarín. **Neurociência e detecção da verdade e da mentira no processo penal**: o uso do *scanner* cerebral (fMRI) e do *brainfingerprinting* (P300). Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2020. p. 118. Essas técnicas devem ser analisadas de acordo com os direitos fundamentais, bem como é preciso verificar se não haverá nenhuma postura ativa do acusado na sua produção, a ensejar uma possível ilicitude na sua admissibilidade.

⁴³¹ Sabine Hossenfelder questiona se os humanos são previsíveis e apresenta a seguinte ponderação: “Eu poderia ainda, no entanto, prever a probabilidade de sua tomada de decisão e testar se minhas previsões são boas, repetindo o experimento da mesma forma como testamos a mecânica quântica. Assim, quando perguntamos se o comportamento humano é previsível, deveríamos perguntar, na verdade, se as possibilidades das decisões são previsíveis. No que concerne às leis da natureza vigentes, elas são; e na dimensão em que não são previsíveis, elas tampouco estão sob o seu controle”. HOSSENFELDER, Sabine. **A ciência tem todas as respostas?** São Paulo: Contexto, 2023. p. 213-214.

5 O DESAFIO DA PRODUÇÃO E VALORAÇÃO PROBATÓRIAS SEGUNDO ALGUNS MEIOS DE PROVA

Conforme mencionado nos capítulos 1 e 2, os fatos são objeto de prova e não podem ser completamente dissociados do Direito, pois é esse que vai definir e determinar no processo o que constitui o fato para fins normativos. A hipótese fática descrita pelas partes e as provas a serem produzidas sobre essas hipóteses irão delimitar a decisão a ser proferida pelo juiz. Ao valorar as provas, a motivação de um pronunciamento judicial vai recair também sobre os fatos⁴³².

5.1 Provas dependentes da memória

Além da motivação sobre os fatos, deve ser construída uma fundamentação acerca da norma jurídica aplicável ao caso. As normas jurídicas podem ser princípios ou regras. Ricardo Lorenzetti, quanto à tomada de decisão judicial e o esquema do raciocínio judicial que deve ser empregado na interpretação das normas jurídicas, estabelece um critério dedutivo nos casos fáceis, o qual deve ser aplicada a regra, e a argumentação com base nos princípios, como exceção, nos casos difíceis. Segundo o autor, os princípios devem ser utilizados para informar a discricionariedade e não há uma subordinação dos princípios às regras⁴³³.

Em uma visão pós-positivista de interpretação do Direito, deve existir uma integridade⁴³⁴ e uma coerência do sistema e a atividade do juiz deve ser criativa, pois não envolve um ato mecânico de aplicação de regras. Os juízes devem ser intérpretes ativos, a buscar a melhor resposta possível dentro dos limites do sistema jurídico. Entende-se que existe uma resposta correta para a questão jurídica, de acordo com a argumentação, mesmo em casos difíceis⁴³⁵.

⁴³² Michele Taruffo trata da motivação sobre os fatos: “*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*”. TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madrid: Trotta, 2002. p. 436.

⁴³³ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 158-159.

⁴³⁴ Segundo Ronald Dworkin, “O princípio judiciário da integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada-, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade”. DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 271-272.

⁴³⁵ Francisco José Borges Motta destaca duas dimensões para a resposta correta: “Defendemos o ponto de que a decisão jurídica deve ter a sua legitimidade confirmada de dois modos: por um lado, deve ser um produto de um *procedimento* constitucionalmente adequado, por meio do qual se garanta, aos interessados, aquilo que

Essa resposta correta pode ser vista em uma perspectiva relativa em razão da limitação teórico-cognitiva da eficácia dos discursos, o que ocorre em razão da própria limitação da capacidade humana de compreensão e a contingência das regras do discurso. Analisa-se a possibilidade de uma ótima resposta diante das respostas discursivamente possíveis. A institucionalização do discurso jurídico retrata a possibilidade de se defender algo juridicamente e essa é a razão para a existência do juiz, quando considerada em termos teóricos⁴³⁶.

A teoria racionalista da prova e a teoria do discurso racional da fundamentação se complementam. A primeira é mais direcionada para o controle racional acerca da melhor determinação dos fatos; a segunda busca considerar, em uma perspectiva normativa, a logicidade dos argumentos, os quais são delimitados pela lei, a consideração obrigatória dos precedentes, o enquadramento na dogmática do Direito, institucionalmente organizada, além das limitações por meio de regras processuais⁴³⁷.

Busca-se, por meio de ambas, uma racionalidade para o sistema, para que o juiz, ao interpretar os fatos e as normas, de acordo com as provas produzidas no processo, profira um pronunciamento racional⁴³⁸. Entretanto, o ato de interpretar fatos ou normas jurídicas não impede a manifestação de traços individualistas no processo interpretativo, tais como valores, preconceitos e experiências. O juiz intérprete dos fatos e das normas jurídicas deve ser

Dworkin trata por *participação moral*; por outro, a decisão deve ser fundamentada numa interpretação que, dirigida à integridade, honre a *responsabilidade* enquanto virtude”. MOTTA, Francisco José Borges. **Ronaldo Dworkin e a decisão jurídica**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 259. Frederick Shauer, ao falar da interpretação das regras, discorda que a sua reserva seja somente para os casos que apresentam algum problema. Segundo o autor: “Em relação a isso, a utilização da linguagem comum pode ser enganosa, pois *toda* aplicação de uma regra é também é uma interpretação”. SCHAUER, Frederick. **As regras do jogo: uma análise filosófica do processo de tomada de decisão baseada em regras no direito e na vida**. Londrina: Thoth, 2024. p. 215.

⁴³⁶ BÄCKER, Carsten. **Fundamentar e decidir: crítica e reconstrução da teoria discursiva do direito de Alexy**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021. p. 320-323.

⁴³⁷ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 28. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno apresenta as fases da teoria da Teoria Discursiva do Direito: “Assim, há no pensamento de Alexy uma evolução que ocorre sem rupturas: o discurso prático geral e o discurso jurídico – ou, em outros termos, o discurso racional, tematizado na *Teoria da argumentação jurídica* – é pressuposto essencial da teoria dos princípios, ponto da central da *Teoria dos Direitos Fundamentais*, enquanto a teoria dos princípios ao lado da teoria do discurso são, por sua vez, incorporadas na teoria sobre o conceito de direito, tematizada sobretudo em *Conceito e validade do direito*”. TRIVISSIONO, Alexandre Travessoni Gomes. **Elementos fundamentais de uma teoria da discricionariedade no direito**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2024. p. 204.

⁴³⁸ André Franco Montoro, ao analisar o raciocínio e demais processos de conhecimento utilizados pelo julgador em um caso concreto, cita as seguintes espécies: raciocínio analógico, raciocínio indutivo, raciocínio dedutivo e raciocínio intuitivo. MONTORO, André Franco. **Estudos de filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 167.

imparcial, mas não é possível se exigir que seja neutro⁴³⁹. Assim, a interpretação do Direito não se realiza somente com o mero exercício de leitura de textos normativos⁴⁴⁰.

Ao examinar a prova, o magistrado deve considerar o conjunto das provas que foram produzidas em contraditório, ressalvadas, no processo penal, as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (artigo 155 do Código de Processo Penal). Também são feitas ressalvas quanto aos fatos notórios e às regras de experiência, pois podem ser levadas em consideração pelo juiz. A notoriedade de um fato é um atributo extraprocessual, cujos efeitos repercutem internamente no processo.

Em relação ao fato notório, há uma indeterminação do termo e uma tautologia⁴⁴¹ nas tentativas de sua definição. Essa imprecisão conceitual pode gerar uma dificuldade acerca do conceito de conhecimento privado do juiz e com a categoria das regras de experiência. As regras de experiência foram tratadas no capítulo 3. Os fatos notórios precisam ser mais detalhados neste momento, para a correta aplicação em relação aos meios de prova que serão especificados posteriormente.

O fato notório é dotado de três características. A primeira é a sua relatividade, pois tem uma limitação tanto no tempo quanto no espaço. Os fatos podem ser notórios somente em uma cidade, região ou país. Quanto ao aspecto temporal, os fatos notórios podem ser conhecidos em um determinado ano ou década, mas não ser conhecidos em outro ano ou década. A outra característica de um fato notório é que ele não necessariamente precisa ser conhecido pelo sujeito; a mera possibilidade de conhecê-lo é suficiente para qualificá-lo como fato notório. A última característica é a fungibilidade, ou seja, não é necessário que o sujeito tenha presenciado o fato⁴⁴².

⁴³⁹ Antônio Augusto Tibúrcio, ao tratar do intérprete da decisão, suas experiências e opiniões, assim dispõe “O intérprete não assume papel neutro. Ao invés de se negar algum subjetivismo na hipótese, diante da impossibilidade de se chegar à objetividade plena, busca-se a objetividade possível”. TIBURCIO, Antonio Augusto. **Interpretação das decisões judiciais**: particularidades, critérios e instrumentos. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 86.

⁴⁴⁰ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 57.

⁴⁴¹ Nelson Palaia faz menção a esta definição tautológica do fato notório: “Dizem que os fatos notórios são aqueles que não necessitam de prova. Mas quando se pergunta, quais são esses fatos que não necessitam de prova, se retorna ao que se quer definir. Ora, os fatos que não necessitam de prova são os fatos notórios, caindo-se numa evidente petição de princípio”. PALAIA, Nelson. **O fato notório e sua jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2024. p. 48.

⁴⁴² PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Fato notório e internet**: aspectos conceituais, processuais e probatórios. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2024. p. 60-62.

No capítulo 3, foi mencionada a distinção entre as regras de experiência e o conhecimento privado do juiz. Esse consiste no conhecimento obtido sobre determinados fatos por meio de percepções sensoriais, enquanto pessoa particular⁴⁴³. Um juiz que presenciou um fato não pode julgá-lo, pois está a atuar como testemunha e o seu convencimento foi formado sem o contraditório. Da mesma forma, se o magistrado tem formação acadêmica em engenharia não pode utilizar esse conhecimento técnico específico em um processo judicial que discuta, por exemplo, um vício construtivo em um apartamento.

As regras de experiência diferem dos fatos notórios. Enquanto as regras de experiência refletem noções genéricas e abstratas, os fatos notórios retratam eventos concretos e singulares. As regras experiência atuam de forma diversa em um processo: podem ser utilizadas como presunções judiciais, para a valoração da prova e para auxílio na interpretação e aplicação de conceitos jurídicos indeterminados⁴⁴⁴. Embora sejam institutos jurídicos com características diversas, a utilização das duas categorias pode ser equivocada.

Os fatos notórios diferem dos *standards* probatórios. A notoriedade não é atributo do padrão probatório. O objetivo dos *standards* probatórios ou modelos de constatação é estabelecer um grau de suficiência probatória para a confirmação de uma hipótese fática. O fato notório corresponde a um atributo de um evento que ocorreu no mundo fenomênico e que está disseminado na cultura de uma determinada localidade. Em razão dessa notoriedade, a lei processual dispensa a prova desse fato em juízo (artigo 374, I, do Código de Processo Civil).

No caso das provas em espécie, o que se tem observado é a utilização de regras de experiência, em algumas hipóteses, para que seja estabelecido um padrão probatório. Exemplificativamente, será analisado o meio de obtenção de prova por meio de busca pessoal ou domiciliar. Nesse caso, conforme mencionado anteriormente na tese, há a utilização das máximas de experiência na interpretação de um conceito jurídico indeterminado, ao se falar em “fundadas razões” no artigo 244 do Código de Processo Penal.

⁴⁴³ Joan Picó i Junoy destaca a errônea utilização do brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*: Assim, como se demonstrará, o verdadeiro brocardo é o seguinte: *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*, pelo que dita doutrina unicamente pretendia destacar os limites cognoscitivos do juiz que devem refletir-se em sua sentença (*iudex iudicare debet*), a saber, os fatos segundo foram alegados e provados no processo (*secundum allegata et probata*), devendo rechaçar-se qualquer conhecimento privado (*conscientiam*) que o juiz pudesse ter dos mesmos”. PICÓ I JUNOY, Joan. **O juiz e a prova**: estudo da errônea recepção do brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 25.

⁴⁴⁴ João Batista Lopes destaca o seguinte sobre as regras de experiência: “Assim, ao colher o depoimento pessoal das partes e das testemunhas, o juiz, observando suas reações, poderá, baseado no *id quod plerumque accidit*, extrair conclusões importantes para o deslinde da causa”. LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 70.

Nas provas dependentes da memória, discute-se se há a transmissão de um conhecimento (*knowledge*) ou de uma crença⁴⁴⁵ (*belief*) por parte daquele que apresenta a sua versão em juízo. A teoria do conhecimento do senso comum estabelece que os nossos vários sentidos são as fontes de conhecimento. Karl Popper faz uma crítica a esse conhecimento do senso comum. Para o autor, a decodificação de mensagens é algo complicado, pois ela funciona por um sistema de tentativa e eliminação de erros, o que propicia alguns equívocos⁴⁴⁶.

O referido autor, ao falar da Psicologia do Conhecimento, diz que ela é indutivista e parte de vivências particulares, especialmente as vivências perceptivas, as quais são ordenadas por semelhanças e se chega aos círculos de semelhança. Há uma ascensão na direção indutiva, dos particulares aos universais, até se chegar aos conceitos e aos conhecimentos da ciência⁴⁴⁷. O conhecimento faz apelo à memória, pois ela é o instrumento de que se dispõe para se afirmar que conhece alguma coisa. A perda da memória pode levar à perda de conhecimento⁴⁴⁸.

Em relação às provas dependentes da memória, o reconhecimento de pessoas tem origem na prova testemunhal e todas as questões envolvendo os estudos da memória humana são aplicáveis a esse meio de prova autônomo e apto a formar elementos de prova. Como o fator tempo pode influenciar na recuperação de um acontecimento, o reconhecimento é considerado um meio de prova urgente e deve ser realizado como um dos primeiros atos da investigação.

O reconhecimento de pessoas pode ser realizado de forma visual e presencial. É a forma ideal de reconhecimento. Também pode ser feito de forma visual e não presencial, como é o caso de reconhecimento por fotografia. Há o reconhecimento auditivo de pessoas por voz, a qual é considerada na legislação brasileira como um meio de prova atípico⁴⁴⁹.

⁴⁴⁵ Ao falarem sobre a crença, Paul K. Moser, Dwayne H. Mulder e J. D. Trout assim a definem: “Para o bem ou para o mal, nossa mente é repleta de crenças. Além das crenças comuns que se referem à percepção, temos crenças científicas, morais, políticas e teleológicas. Se a análise epistêmica tradicional estiver correta, a crença é uma condição necessária para o conhecimento. MOSER, Paul K.; MULDER, Dwayne H.; TROUT, J. D. **A teoria do Conhecimento**: uma introdução temática. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 47.

⁴⁴⁶ POPPER, Karl R. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem evolutiva. Petrópolis: Vozes, 2021. p. 88.

⁴⁴⁷ POPPER, Karl R. **Os dois problemas fundamentais da teoria do conhecimento**. São Paulo: Unesp, 2013. p. 22-23.

⁴⁴⁸ Segundo Paul K. Moser, Dwayne H. Mulder e J.D. Trout: “O ponto mais importante, agora, é que a explicação sistemática da contribuição da memória para o conhecimento tem de levar em conta as questões teóricas complexas quanto à natureza da memória: em particular, a confiabilidade da memória, sua vulnerabilidade às sugestões e os danos que podem resultar das informações errôneas pós-acontecimento”. MOSER, Paul K.; MULDER, Dwayne H.; TROUT, J. D. **A teoria do Conhecimento**: uma introdução temática. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 125.

⁴⁴⁹ LOPES, Mariângela Tomé. **Reconhecimento de pessoas e coisas**. São Paulo: Thomson Reuters, 2023. p. 55-56.

Em relação ao reconhecimento de pessoas, discute-se quanto às consequências decorrentes da atipicidade procedimental do reconhecimento formal. O artigo 226 do Código de Processo Penal é uma regra jurídica e estabelece que o ato deve ocorrer da seguinte forma: a pessoa que tiver que fazer o reconhecimento será convidada a descrever o indivíduo a ser reconhecido; a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras pessoas que com ela tiver semelhança; se houver algum receio por parte de quem for chamado a realizar o reconhecimento, por intimidação da pessoa a ser reconhecida, a autoridade providenciará para que não se vejam; do ato de reconhecimento será lavrado um termo, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presencias.

Durante anos, o entendimento jurisprudencial se deu no sentido de que as disposições contidas no referido artigo configurariam uma mera recomendação, e não uma exigência absoluta⁴⁵⁰. Essa era a interpretação dada à norma jurídica. Entretanto, para evitar erros judiciais, a doutrina jurídica passou a sustentar, na linha da epistemologia probatória, um *standard* probatório para esse meio de obtenção de prova. A discussão também é tratada pela doutrina no campo da Psicologia, a justificar os possíveis lapsos de memória⁴⁵¹, falsas memórias e vieses cognitivos na produção desse meio de prova, conforme exposto no capítulo anterior. Em outubro de 2020, no julgamento do HC nº 598.886/SC, o Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 27/10/2020, na 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, fixou algumas diretrizes em busca de um padrão probatório para o reconhecimento de pessoas.

A primeira diretriz é que o procedimento de reconhecimento de pessoas deve observar o que está previsto no artigo 226 do Código de Processo Penal e as formalidades ali contidas constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito. A segunda diretriz, para evitar um reconhecimento falho, é que a inobservância do procedimento invalida a prova e não pode servir como único fundamento para um decreto condenatório, mesmo se confirmado em juízo.

⁴⁵⁰ Rogério Schietti Cruz faz menção a esse entendimento jurisprudencial que vigorava acerca de possível vício no procedimento de reconhecimento de pessoas: “Cabe, aqui, importante registro: como já dito, os tribunais, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça, mantinham uma linha de decisão invariavelmente tolerante com os vícios do ato de reconhecimento de que resultavam prisões e condenações de réus acusados do cometimento de roubo”. CRUZ, Rogério Schietti. *Investigação criminal, reconhecimento de pessoas e erros judiciais: considerações em torno da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. In: GASCÓN ABELLÁN, Marina; MATIDA, Janaina (coord.). **Melhorar a prova**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2024. p. 25.

⁴⁵¹ Segundo Ivan Izquierdo: “Memória significa aquisição, formação, conservação e evocação de informações. A aquisição é também chamada de aprendizado ou aprendizagem: só se ‘grava’ aquilo que foi aprendido. A evocação é também chamada de recordação, lembrança, recuperação. Só lembramos aquilo que gravamos, aquilo que foi aprendido”. IZQUIERDO, Ivan. **Memória**. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2018. p. 1.

A terceira diretriz é que, caso seja proferida uma sentença condenatória, o magistrado deve formar o seu convencimento por outros meios de prova que não tenham relação de causalidade com o procedimento viciado. Como última diretriz para o procedimento de reconhecimento de pessoas, se houver reconhecimento do suspeito por meio de fotografia, o qual também deve observar o procedimento previsto no artigo 226 do Código de Processo Penal, ele deve ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal⁴⁵².

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, por meio da 2ª Turma, no julgamento do Recurso em *Habeas Corpus* nº 206846/SP, o Relator Ministro Gilmar Mendes entendeu que o reconhecimento de suspeitos, tanto em sede policial, como em juízo, deve observar os requisitos do artigo 226 do Código de Processo Penal. No caso, houve absolvição de um suspeito depois de ser reconhecido por fotografia enviada pelo policial diretamente à vítima. Essa questão da exibição de uma única foto é a prática do *show up*, o qual é um método de identificação em que a polícia já possui um suspeito, que é apresentado presencialmente ou por foto para ser identificado. Para a Psicologia do Testemunho, o *show up* é um método falível, em razão do alto grau de sugestibilidade e de erro⁴⁵³.

A irrepetibilidade do procedimento viciado, em juízo, também tem sido objeto de análise pela Psicologia do Testemunho. Segundo a literatura sobre o tema, o reconhecimento não pode ser renovado nas mesmas condições. Qualquer novo reconhecimento estará maculado, pois influenciado pelo primeiro⁴⁵⁴. A Resolução nº 484, de 19 de dezembro de 2022, do

⁴⁵² Posteriormente, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 712.781, houve um ajuste no último item para o seguinte: “Não se deve considerar propriamente o reconhecimento fotográfico como ‘etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal’, mas apenas como uma possibilidade de, entre outras diligências investigatórias, apurar a autoria delitiva. Não é necessariamente a prova a ser inicialmente buscada, mas, se for produzida, deve vir amparada em outros elementos de convicção para habilitar o exercício da ação penal. Segundo a doutrina especializada, o reconhecimento pessoal, feito na fase pré-processual ou em juízo, após o reconhecimento fotográfico (ou mesmo após um reconhecimento pessoal anterior), como uma espécie de ratificação, encontra sérias e consistentes dificuldades epistemológicas”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Certidão de Julgamento – Habeas Corpus nº 712.781/RJ**. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 15 mar. 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=147959686&num_registro=202103979528&data=20220322&tipo=41&formato=PDF. Acesso em: 12 out. 2024.

⁴⁵³ MARMELSTEIN, George. **Testemunhando a injustiça: a ciência da prova testemunhal e das injustiças inconscientes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2023. p. 171.

⁴⁵⁴ Segundo Wiliam Weber Ceconello, Gustavo Noronha de Ávila e Lilian Milnitsky Stein, “Provas dependentes da memória humana são repetíveis? Dado o contexto brasileiro acerca de como tais provas são coletadas e analisadas, com práticas contrariando frontalmente décadas de pesquisa da psicologia experimental, a resposta é não. Questões feitas durante uma entrevista por um policial, advogado ou juiz, bem como o reconhecimento de um suspeito podem alterar a memória de uma testemunha. Como argumentado, uma recuperação ocorrida, após um ano, não é apenas a recordação de um evento, mas a soma de todas as sugestões às quais a testemunha foi exposta após o evento (relatos de outras testemunhas, perguntas indutivas, e reconhecimentos fotográficos). Assim, o principal risco de tratar a prova penal dependente da memória como repetível está na possibilidade de ela ser alterada de forma permanente quando recuperada”. CECCONELLO, Wiliam Weber; ÁVILA, Gustavo Noronha de; STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória:

Conselho Nacional de Justiça⁴⁵⁵, estabelece diretrizes para o reconhecimento de pessoas em procedimentos e processos criminais e sua avaliação no âmbito do Poder Judiciário. O artigo 2º, §1º, da Resolução, aborda a irrepetibilidade do procedimento e a previsão de que ele seja realizado somente uma vez.

Em relação ao reconhecimento de pessoas, o que se observa é que o padrão probatório que se busca é o cumprimento da regra jurídica, o qual prevê um procedimento como garantia mínima de que esse meio de prova seja considerado válido e possa ser levado em consideração pelo magistrado na formação do seu convencimento. Caso o procedimento seja viciado, o ato deve ser reconhecido como nulo e o juiz pode, ao valorar o conjunto probatório, entender pela condenação do réu com base em outros meios de prova e que não tenham causalidade com o reconhecimento viciado.

Outra prova dependente da memória é a prova testemunhal. Conforme exposto no item 3 do capítulo 4 da tese, há aportes epistemológicos advindos de outras áreas do conhecimento. Em razão desse contexto, chega-se a apontar uma “crise”⁴⁵⁶ da prova testemunhal como ferramenta para a construção decisão judicial, a qual é objeto de preocupação também no âmbito dos sistemas regionais de proteção de direitos humanos, com destaque à Corte Europeia de Direitos Humanos, e tem orientado os estudos sobre a fiabilidade do testemunho.

O Relatório nº 59 do IPEA (Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses) diagnosticou, em diversas regiões do Brasil e com atores integrantes de instituições variadas (Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário): i) ausência de cientificidade atribuída à prova oral; e ii) da carência de método para a sua colheita, armazenamento e utilização⁴⁵⁷. Esse contexto pode potencializar erros judiciais, conforme dados do *Innocence Project*, que relacionou a prova testemunhal

uma discussão com base na psicologia do testemunho. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, v. 8, n. 2, p. 1057-1073, ago. 2018. p. 1069.

⁴⁵⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 484, de 19 de dezembro de 2022**. Brasília, DF: CNJ, 20 dez. 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original2118372022122763ab612da6997.pdf>. Acesso em: 28 set. 2024.

⁴⁵⁶ Pier Paolo Piesu enumera alguns casos apreciados pela Corte Europeia de Direitos Humanos acerca da suficiência e fiabilidade da prova testemunhal. PAULESU, Pier Paolo. Editorial: an overview on the “crisis” of testimonial evidence as a judicial decision making tool, between ECHR and Italian Criminal Proceeding: protected witness, media interference, principle of immediacy and right to cross-examination. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 8 n. 3, p. 1066-1092, set./dez. 2022.

⁴⁵⁷ BRASIL. Ministério da Justiça. **Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses**. Brasília, DF: Ministério da Justiça: Ipea, 2015. (Série Pensando o Direito; 59). Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7766953/mod_resource/content/1/Pensando%20o%20Direito%20%282016%29%20-%20%20Avan%C3%A7os%20Cient%C3%ADficos%20em%20Psicologia%20do%20Testemunho%20aplicados%20ao%20reconhecimento%20pessoal%20e%20aos%20depoimentos%20forenses.pdf. Acesso em: 12 out. 2024.

como a causa de condenações equivocadas. No sítio eletrônico do Projeto, é possível identificar alguns casos envolvendo pessoas que foram confundidas pela prática de crimes variados⁴⁵⁸.

No âmbito do controle da atividade judicial, é importante o conhecimento do magistrado de outras áreas do conhecimento⁴⁵⁹ e, no exercício de sua atividade, é possível o controle de alguns fatores que podem minimizar a confiabilidade do testemunho prestado em juízo. Um dos fatores é o impacto do tempo, conforme exposto anteriormente. A realização de audiência de instrução, para a produção de prova oral, deve ser realizada em um tempo razoável, para que o ato de recuperação da memória não seja prejudicado pelo próprio tempo e por outros fatores que podem atuar durante esse hiato. O mesmo entendimento pode ser aplicado ao reconhecimento de pessoas em juízo quanto ao fator tempo.

Sobre a confiabilidade ou fiabilidade do testemunho, há alguns parâmetros legislativos que podem ser combinados com os conhecimentos interdisciplinares advindos da Psicologia do Testemunho. O artigo 203 do Código de Processo Penal, mencionado no capítulo anterior, prevê situações em que o juiz pode avaliar a credibilidade do depoimento, ou seja, o magistrado pode utilizar esse dispositivo de forma combinada com outras áreas do conhecimento para fundamentar a sua decisão e valorar a prova. A credibilidade não é definida por lei, de forma que o juiz pode aplicar esse conhecimento, desde que observe o contraditório e oportunize às partes a manifestação sobre os pontos que pretende trazer para motivar o seu pronunciamento judicial.

Outro parâmetro legislativo que pode ser combinado com a Psicologia do Testemunho diz respeito à incomunicabilidade das testemunhas, previsto no artigo 210, parágrafo único, do Código de Processo Penal. O dispositivo legal prevê que serão reservados espaços separados para a garantia da incomunicabilidade. É certo que não se pode garantir a incomunicabilidade total da testemunha, embora a lei busque garanti-la. A finalidade de impedir que uma

⁴⁵⁸ INNOCENCE PROJECT BRASIL. **Nossos casos**. São Paulo: Innocence Project Brasil, [2024]. Disponível em: <https://www.innocencebrasil.org/nossos-casos>. Acesso em 29 set. 2024.

⁴⁵⁹ Inocêncio Mártires Coelho destaca: “O futuro das disciplinas não está no aumento da especialização, mas sim na interdisciplinaridade e no cruzamento de conhecimento de vários campos. Nas artes, os gostos e os estudos estão mudando em ritmo acelerado. Os artistas devem manter-se no topo do processo e ser capazes de criar novas formas, sempre mantendo-se à frente das tendências. Em geral, isso requer mais que apenas conhecimentos especializados de determinada forma de arte – demanda o conhecimento de outras artes e do que está acontecendo no mundo. Em todas essas áreas, exige-se cada vez mais do cérebro humano. Estamos lidando com vários campos de conhecimento em interação constante com o nosso, e todo esse caos aumentou exponencialmente com a disponibilidade em tempo real de volumes crescentes de informação. Como consequência, todos nós devemos desenvolver diferentes conhecimento e dominar um vasto conjunto de aptidões, em diversas áreas, além de cultivar a capacidade mental de organizar a ampla variedade de informações. O futuro pertence a quem aprender mais habilidades e for capaz de combiná-las de formas criativas”. COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 183-184.

testemunha se comunique com outra é evitar que acontecimentos posteriores ao evento possam gerar falsas memórias. No caso do reconhecimento de pessoas, um ambiente adequado e sem prévio contato entre os envolvidos também pode propiciar uma melhora qualitativa na produção da prova.

Essa questão de acesso aos meios de comunicação, sejam redes sociais ou informações obtidas de outras testemunhas, pode ser esclarecida pelo juiz mediante a sua oitiva em juízo. Por exemplo, se uma testemunha disser, em juízo, que tomou ciência dos fatos por meio de outra pessoa (*hearsay testimony*), ou se os fatos foram por ela presenciados, mas os viu novamente em um programa televisivo ou por meio de redes sociais, ou, ainda, se teve contato com outras testemunhas após o fato, esses acontecimentos devem ser levados em consideração pelo magistrado ao valorar a prova⁴⁶⁰. Essa situação também pode ser aplicada ao reconhecimento de pessoas.

Quanto à prova testemunhal, outro possível controle normativo conferido ao magistrado diz respeito à forma como as perguntas devem ser dirigidas à testemunha. Conforme exposto no capítulo anterior, há expressa disposição no Código de Processo Penal, artigo 212, de que o juiz não deve admitir as perguntas que puderem induzir resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de pergunta já respondida. O Código de Processo Civil, no artigo 459, §2º, prevê que não devem ser formuladas perguntas impertinentes, capciosas ou vexatórias.

Ao conhecer as técnicas de inquirição e das escalas de sugestividade que possam existir na formulação das perguntas, o magistrado pode exercer o controle sobre a forma como as perguntas são formuladas, ciente de que o relato livre é a melhor forma de se exercer a técnica de entrevista. Além disso, em razão da maior propensão das crianças às falsas memórias, deve ser observado o controle previsto na Lei nº 13.431/2017, conhecida como Lei do Depoimento sem Dano, pois, além de evitar a revitimização da criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência, prevê técnicas da escuta especializada e depoimento especial único, em sede de

⁴⁶⁰ Segundo Vitor de Paula Ramos, “Imaginando-se um caso real, do momento em que a testemunha vê os fatos, essa passa a ter contato com outras testemunhas, com transeuntes, com jornalistas; posteriormente, tem contato com parentes, com amigos, com conhecidos, com colegas de trabalho, todos sobremaneira curiosos para saber o que aconteceu e sem qualquer conhecimento, em geral, sobre os potenciais fatores de distorção de memórias”. RAMOS, Vitor de Paula. Presuntivismo e falsa contraposição entre mentira e verdade: duas possíveis causas para seguirmos ignorando o impacto de fatores como a passagem do tempo e as informações pós-evento no processo penal. Três propostas sobre o que fazer. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 8, n. 3, p. 1229-1260, set-dez. 2022. p. 1245.

produção antecipada de prova judicial, para que seja garantida a ampla defesa do investigado (artigo 11).

Alguns autores chegam a apresentar propostas de valoração para que a prova testemunhal seja qualitativamente melhor. Há três modelos de valoração da prova: atomista, holista e híbrido. O modelo atomista ou argumentativo é construído com base nos argumentos em cadeia, pois a análise dos vários meios de prova existentes gera argumentos que convergem para uma única conclusão. Nesse modelo, os argumentos não são construídos somente a partir da análise dos meios probatórios, mas também por generalizações advindas de conhecimentos gerais ou pela experiência pessoal do julgador⁴⁶¹.

A crítica apontada a esse modelo, no âmbito da prova testemunhal, é que uma testemunha que prestou o compromisso previsto na legislação teria uma presunção de que não mente. Essa ideia de presuntivismo, de acordo com a Psicologia do Testemunho, deve ser analisada com cautela, em razão dos possíveis desvios ou falsas memórias, o que pode ocasionar os chamados erros honestos, sem que isso venha a caracterizar uma mentira e justificar a possível incidência de um crime.

O modelo holista ou explicativo diz que os elementos probatórios são interpretados a partir da construção de histórias que os expliquem de forma coerente, em uma ordem cronológica e ordenada dos eventos. Ocorre a interligação entre os eventos por meio de generalizações causais, em uma ideia de causa e consequência. Esse modelo é criticado, pois a valoração a partir de histórias pode gerar a conclusão do julgador de acordo com o mundo que julga, da sua percepção e de como as coisas fazem sentido em uma perspectiva pessoal⁴⁶².

O modelo híbrido é o modelo que melhor se enquadra no contexto de valoração da prova. Tanto os argumentos quanto as narrativas são relevantes e úteis ao raciocínio probatório. A abordagem híbrida analisa ambas as perspectivas, baseadas em argumentos e em narrativas. Há a necessidade de confronto do argumento com as narrativas e são apresentados seis critérios para se valorar a qualidade de uma história: contrariedade; consistência; construção de argumentos; base em evidências; sequência finita; e, por último, ideia da derrotabilidade, no

⁴⁶¹ FERNANDES, Lara Teles. **Prova testemunhal no processo penal**: uma proposta interdisciplinar de valoração. 3. ed. Florianópolis: Emais, 2023. p. 63.

⁴⁶² FERNANDES, Lara Teles. **Prova testemunhal no processo penal**: uma proposta interdisciplinar de valoração. 3. ed. Florianópolis: Emais, 2023. p. 65.

sentido de que um argumento é enfraquecido ou rejeitado com a introdução de outro argumento que o ataca de alguma maneira⁴⁶³.

Lara Teles Fernandes apresenta uma proposta de oito parâmetros para valoração de prova testemunhal e o reconhecimento de pessoas: credibilidade do depoente; confiabilidade da versão; filtro de falsas memórias; modo de coleta dos depoimentos; forma de realização do reconhecimento de pessoas; ineficácia de repetição do reconhecimento de pessoas; excepcionalidade do *hearsay statement*; e existência de um contraditório efetivo na produção da prova⁴⁶⁴.

Vitor de Paula Ramos também apresenta propostas para o juiz e para os tribunais. Segundo o autor, o juiz deve se abster de fazer valorações prévias e iniciar o procedimento de colheita do testemunho com a permissão de uma narrativa livre, sem interrupções; as perguntas devem ser formuladas de forma aberta e não devem ser permitidos na audiência atos tendentes a dar *feedbacks* ou incentivos; o juiz não deve formar preconceito ou impressões pessoais e deve garantir, durante a colheita do depoimento, que seja avaliada a presença de fatores que podem dificultar a percepção ou influências que a testemunha possa ser submetida. Por fim, o magistrado deve cotejar a prova testemunhal com as demais provas existentes no processo, para que o valor seja atribuído em conjunto⁴⁶⁵.

Em relação ao interrogatório, existe previsão no Código de Processo Penal a partir do artigo 185 do Código de Processo Penal, abordando o momento em que o acusado pode fornecer a sua versão acerca da imputação criminal formulada na investigação ou na ação penal. No processo civil, há o depoimento pessoal, a fim de que uma parte seja interrogada na audiência de instrução (artigo 385 do Código de Processo Civil). No caso, há a possibilidade de o juiz requerer a produção desse meio de prova de ofício, de acordo com o artigo 139, VIII, do Código de Processo Civil.

O interrogatório no processo penal é constituído de duas partes. A primeira parte é destinada à qualificação do acusado e a sua individualização; a segunda parte é destinada à inquirição sobre os fatos (artigo 187 do Código de Processo Penal). Nessa segunda parte, há um roteiro das perguntas a serem feitas pelo juiz. O primeiro questionamento previsto na lei diz

⁴⁶³ BEX, Floris J.; KOPPEN, Peter J. Van; PRAKKEN, Henry. A hybrid formal theory of arguments, stories and criminal evidence. *Artificial Intelligence Law*, [s. l.], v. 18, p. 123-152, 2010.

⁴⁶⁴ FERNANDES, Lara Teles. **Prova testemunhal no processo penal**: uma proposta interdisciplinar de valoração. 3. ed. Florianópolis: Emais, 2023. p. 193.

⁴⁶⁵ RAMOS, Vitor de Paula. **Prova testemunhal**: do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 244.

respeito a ser verdadeira a acusação que lhe é feita. Por se tratar de uma prova dependente da memória, recomenda-se que o magistrado propicie a narração livre. A técnica do interrogatório implica uma série de perguntas ao declarante com o objetivo de obter respostas mais concretas e detalhadas. Essa situação deve ser explorada após a narração livre dos fatos, para que haja uma compatibilidade entre os dois modelos e que um complemente o outro⁴⁶⁶.

Há uma crítica acerca dos comportamentos não verbais e a detecção de falsidades. A identificação de possíveis sinais por uma simples constatação visual não é suficiente. A ansiedade, o nervosismo, o estresse, dentre outros fatores, não implicam um comportamento individual que se manifesta indefectivelmente para identificar se a pessoa que presta as declarações está a mentir. Nessa situação, também são enquadradas as microexpressões faciais, pois há individualidades que não podem ser devidamente identificadas nesse momento específico⁴⁶⁷.

Os critérios de valoração que são propostos para o interrogatório são a análise da veracidade, por meio da capacidade de contextualização, e o nível de consistência e harmonia que a declaração apresenta. Os indicadores da qualidade das declarações podem ser identificados pela precisão, as quais remontam ao estudo da memória e dos fatores que podem influenciar em todas as fases do processo, desde a observação do fato até a sua descrição em juízo⁴⁶⁸.

O que se pode concluir em relação às provas dependentes da memória é que a sua valoração apresenta alguns aspectos distintos, a depender do modo de prova. Quanto ao reconhecimento de pessoas, o que houve por parte da jurisprudência foi uma exigência para cumprimento da regra jurídica, cujo parâmetro está estabelecido no artigo 226 do Código de Processo Penal. A interpretação jurisprudencial se deu mais no sentido de analisar a consequência no campo das invalidades processuais, ao estabelecer que a regra é uma garantia

⁴⁶⁶ Segundo Cristian Contreras Rojas, “*Teniendo siempre lo apuntado acerca de los dos modelos, todos los autores parecen estar de acuerdo en que el mejor sistema será aquel que constituya una mixtura de ambos, que rescate sus respectivas ventajas y evite sus inconvenientes en la consecución de las declaraciones. De este modo, se recomienda comenzar por solicitar al declarante una narración libre de los sucesos, hasta que crea no recordar nada más, y solo posteriormente pasar a las preguntas, con un especial cuidado en su formulación, en vista de los peligros que ya hemos apuntado. Con esto se podrá requerir al declarante mayor información sobre las cuestiones o detalles concretos que haya expuesto en forma confusa o dudosa en el relato libre, permitiendo alcanzar una declaración más completa y con la profundidad requerida, siempre mediante preguntas abiertas y sin proveer información nueva*”. CONTRERAS ROJAS, Cristian. **La valoración de la prueba de interrogatorio**. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 194.

⁴⁶⁷ CONTRERAS ROJAS, Cristian. **La valoración de la prueba de interrogatorio**. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 250-251.

⁴⁶⁸ CONTRERAS ROJAS, Cristian. **La valoración de la prueba de interrogatorio**. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 275-285.

mínima e a sua inobservância gera a nulidade do procedimento do reconhecimento. Contudo, não se pode olvidar que o avanço da Psicologia do Testemunho no diálogo com o Direito propiciou o fortalecimento para a modificação do entendimento que vigorava até então.

Quanto à prova testemunhal e ao interrogatório, também há regras jurídicas que propiciam o controle do magistrado, para que haja uma melhora qualitativa na produção e valoração desses meios de prova, com o aporte de outras áreas do conhecimento, as quais permitirão ao juiz melhor conhecer o funcionamento da memória humana e desenvolver uma melhor forma de formular as perguntas e controlar como as perguntas podem ser feitas.

5.2 Busca pessoal e domiciliar e prova pericial

No Direito brasileiro, a busca pessoal é regulada pelo Código de Processo Penal, especificamente nos artigos 240, §2º e 244. Ambos os dispositivos legais preveem a possibilidade de sua realização, sem mandado judicial, quando houver “fundada suspeita” da prática de crime. Há disposição semelhante no Código de Processo Penal Militar, mais precisamente nos artigos 180 a 182. O artigo 181 do referido Código também prevê a “fundada suspeita” para a realização da busca e a conceitua no artigo 180 como a procura feita nas vestes, pastas, malas e outros objetos que estejam com a pessoa revistada e, quando necessário, no próprio corpo. No caso da busca domiciliar, o artigo 240, §1º, do Código de Processo Penal, diz que proceder-se-á a busca domiciliar quando houver “fundadas razões”.

Uma parcela da doutrina identifica que o conceito é amplo e pode dar margem a excessos e desvios na prática da busca, seja pessoal ou domiciliar, em razão da violação de direitos fundamentais, tais como a integridade física, a intimidade e a privacidade. Porém, há uma outra parcela doutrinária que identifica a necessidade da existência de indícios para a sua configuração, o que implicaria uma discricionariedade policial. Os indícios, conforme exposto no capítulo 3, dão sustentação normativa ao modelo prescritivo, pois atuarão na formação de uma presunção e consequentemente na instalação de um estado subjetivo⁴⁶⁹.

⁴⁶⁹ Segundo Gisela Aguiar Wanderley, “Ao reconhecer que a ‘fundada suspeita’ corresponde à noção de ‘indício’, além de evitar a polissemia anteriormente identificada, supera-se a principal dificuldade trazida pelo requisito ‘fundada suspeita’, qual seja, a referência a um estado *subjetivo* (a *suspeita*, assim como a convicção, a dúvida...), alinhada a uma concepção *persuasiva* da prova, a qual dificulta o controle intersubjetivo do juízo de fato em razão da falta de referencial objetivo para reexame por terceiros. Além disso, essa interpretação permite também aproveitar toda a produção bibliográfica já existente na teoria geral da prova em torno do conceito de indício (aproveitamento do conhecimento acumulado). Assim, propõe-se adotar a interpretação literal de fundada suspeita e, consequentemente, equiparar a noção de *fundada suspeita* à noção de *indício*). WANDERLEY, Gisela Aguiar. **Busca pessoal**: abordagem e revista policial no Estado de Direito. São Paulo: Thomson Reuters, 2024. p. 194-195.

O objetivo deste tópico, em relação à busca pessoal e domiciliar, é identificar a busca de *standards* probatórios pela doutrina e pela jurisprudência, para a interpretação do conceito jurídico indeterminado “fundada suspeita”. Conforme exposto anteriormente, o que há no caso é a necessidade da utilização das regras de experiência para a interpretação desse conceito. A ideia de se padronizar a conduta é corroborada pelo mandado normativo que prevê as máximas de experiência no contexto da teoria geral da prova e que o instituto pode ser utilizado tanto para a produção da prova quanto para a sua valoração⁴⁷⁰.

No caso da doutrina, a interpretação de que a “fundada suspeita” ou as “fundadas razões” são indícios remete à ideia de que se trata de um contexto probatório e de que o indício autorizará a formação de uma presunção para interpretação com base naquilo que ordinariamente acontece. Sobre a busca domiciliar, o Supremo Tribunal Federal trata da questão no tema nº 280 e detalha que as fundadas razões devem ser justificadas posteriormente ao ingresso, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, além da nulidade dos atos praticados⁴⁷¹.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 598.051/SP, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, um dos julgados pioneiros sobre o tema da busca domiciliar e os *standards probatórios*, é possível identificar a adoção das duas correntes, pois tanto há menção acerca das possíveis ilegalidades praticadas pelos agentes e a necessidade de contenção, por violarem direitos fundamentais, quanto às regras de experiência, para identificação das “fundadas razões” para ingresso na residência sem mandado judicial. Ao mesmo tempo, o referido julgado faz menção à inexistência de normatização que oriente e regule o ingresso em domicílio alheio⁴⁷².

⁴⁷⁰ Maria Thereza Rocha de Assis Moura, ao tratar do *standard* probatório e jurisprudência dos Tribunais Superiores, faz menção à busca e apreensão e pondera o seguinte: “Não está no escopo deste trabalho criticar esse grupo de decisões em seu mérito. No entanto, repita-se, o cerne dos julgados está no momento da valoração da prova. Apesar de representarem a grande maioria das decisões que mencionam o instituto, esse é referido em mero *obiter dictum*”. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Standard probatório e jurisprudência dos Tribunais Superiores*. In: VÁSQUEZ, Carmen; RAMOS, Vitor de Paula (org.). **Debatendo com Ferrer**: standards de prova e subjetivismo em xeque. Londrina: Thoth, 2024. p. 153.

⁴⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 603.616 Rondônia**. Relator: Gilmar Mendes, 5 nov. 2015. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true&origem=AP&classeNumeroIncidente=RE%20603616. Acesso em: 30 set. 2024.

⁴⁷² Consta em um trecho do julgado o seguinte: “Ante a ausência de normatização que oriente e regule o ingresso em domicílio alheio, nas hipóteses excepcionais previstas no Texto Maior, há de se aceitar com muita reserva a usual afirmação – como ocorreu no caso ora em julgamento – de que o morador anuiu livremente ao ingresso dos policiais para a busca domiciliar, máxime quando a diligência não é acompanhada de documentação que a imunize contra suspeitas e dúvidas sobre sua legalidade”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **EDcl no Habeas Corpus nº 598.051/SP (2020/0176244-9)**. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 2 mar. 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=126285896&num_registro=202001762449&data=20210526&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 30 set. 2024.

O Supremo Tribunal Federal reformou um julgado do Superior Tribunal de Justiça sobre a busca domiciliar. O julgado envolvia uma discussão sobre a “denúncia anônima” ser uma fundada razão para a relativização da garantia da inviolabilidade do domicílio. O julgado relatado pelo Ministro Alexandre de Moraes destacou que houve o acréscimo de requisitos inexistentes no artigo 5º, XI, da Constituição Federal. No voto do Relator, também consta que houve inovação em matéria constitucional, pois se criou a exigência de uma diligência investigativa prévia, a desrespeitar o que foi fixado no Tema 280 de Repercussão Geral⁴⁷³.

No caso da busca pessoal, alguns julgados mais recentes do Supremo Tribunal Federal têm promovido um exame mais detalhado das razões que justificam uma busca pessoal. No julgamento do Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 212.682/SP, houve a validação da busca realizada pela polícia em razão do nervosismo ao notar a aproximação da viatura. Além disso, o paciente trazia uma bolsa branca em suas mãos, a qual continha entorpecentes. No caso, o “nervosismo” foi utilizado como elemento interpretativo para a incidência da fundada suspeita, com base nas máximas de experiência daquilo que ordinariamente acontece⁴⁷⁴.

De forma diversa, no Superior Tribunal de Justiça, Gisela Aguiar Wanderley, em uma análise de quinze julgados, até julho de 2023, observou que, de cinco casos em que a busca foi considerada lícita, em quatro o “nervosismo” não foi o único fundamento para a busca pessoal e somente em um o “nervosismo”, isoladamente considerado, foi aceito como motivo para a revista. Dos outros dez casos em que se reconheceu a ilicitude da medida, em seis deles o argumento foi de que o “nervosismo” não pode ser o único fundamento, enquanto nos demais julgados houve o acréscimo de uma circunstância, tais como a tentativa de fuga ao visualizar a polícia e o ingresso em um bar após avistar a polícia⁴⁷⁵.

⁴⁷³ No inteiro teor do julgado, consta que, “No caso concreto, conforme narrado, a existência de justa causa para o ingresso no domicílio ocorreu após os policiais receberem denúncia anônima de que um indivíduo estaria traficando drogas e, ao dirigirem-se ao local apontado, abordaram um suspeito que, após avistar a viatura policial, evadiu-se do local empreendendo fuga para o interior do imóvel. Na ocasião, após o ingresso no imóvel, foi encontrada grande quantidade de drogas (mais de 89kg de maconha). [...] Desse modo, não há qualquer ilegalidade na ação dos policiais militares, pois as fundadas razões para a entrada de policiais no domicílio foram devidamente justificadas no curso do processo”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.447.374/MS**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 02 out. 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=771484106>. Acesso em: 12 out. 2024. O Supremo Tribunal Federal também teve o mesmo entendimento no julgamento do *Habeas Corpus* nº 169.788/SP. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 169.788/SP**. Relator: Min. Edson Fachin, 4 mar. 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15366741624&ext=.pdf>. Acesso em: 1º out. 2024.

⁴⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 212.682/SP**. Relatora: Min. Rosa Weber, 11 abr. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15350669153&ext=.pdf>. Acesso em: 12 out. 2024.

⁴⁷⁵ WANDERLEY, Gisela Aguiar. **Busca pessoal: abordagem e revista policial no Estado de Direito**. São Paulo: Thomson Reuters, 2024. p. 237.

Há um acórdão do Superior Tribunal de Justiça que é considerado o paradigma na fixação de *standards* probatórios para a busca pessoal. Trata-se do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 158.580/BA. O caso retratava uma busca pessoal realizada em via pública, em um sábado à noite, no município de Vitória da Conquista/BA, quando um homem conduzia uma motocicleta com uma mochila nas costas. Não havia informação pela polícia de que o veículo era produto de crime. Em relação ao local da abordagem, não havia informações de práticas de crimes nas regiões, nem de registros de antecedentes criminais da pessoa que foi abordada⁴⁷⁶.

No julgado, foi firmada a orientação de que a alegação genérica de atitude suspeita é insuficiente para a licitude da busca pessoal. Há necessidade de indicação de fato objetivo e concreto, em contraposição à simples intuição policial. Como padrão probatório, foram estabelecidos alguns parâmetros: a fundada suspeita deve ser baseada em um juízo de probabilidade, justificada por indícios e circunstâncias do caso concreto; a regra constante do artigo 244 do Código de Processo Penal tem referibilidade a uma finalidade probatória, a fim de evitar revistas exploratórias (*fishing expedition*)⁴⁷⁷; não satisfaz à exigência legal informações de fontes não identificadas (“denúncias anônimas”); impressões subjetivas, tais como atitude ou aparência suspeita e nervosismo, não preenchem o *standard* probatório; o encontro de algo ilícito não convalida a ilegalidade prévia.

O referido julgado também faz menção a aspectos relacionados a arbitrariedades dos agentes estatais, tais como o uso excessivo do expediente da busca pessoal, a necessidade de evitar o racismo institucional e a garantia do controle interno, externo e judicial da medida. Nesse ponto, vai ao encontro do que foi decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) no caso Fernández Prieto & Tumbeiro v. Argentina, para que a suspeita não

⁴⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 158.580/BA**. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 25 abr. 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202104036090&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 1º out. 2024. O Supremo Tribunal Federal, por meio da 1ª Turma, entendeu que é válida a busca pessoal e domiciliar realizada pelas guardas municipais. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.468.558**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 1º out. 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6789314>. Acesso em: 12 out. 2024.

⁴⁷⁷ O *fishing expedition*, também conhecido como pescaria probatória, pode ser assim conceituado: “É possível, portanto, definir pescaria probatório (*fishing expedition*), como a apropriação de meios legais para, sem objetivo traçado, ‘pescar’ qualquer espécie de evidência, tendo ou não relação com o caso concreto. Trata-se de uma investigação especulativa indiscriminada, sem objetivo certo ou declarado, que, de forma ampla e genérica, ‘lança’ suas redes com a esperança de ‘pescar’ qualquer prova, para subsidiar uma futura acusação ou para tentar justificar uma ação já iniciada. Por se tratar de meio (abusivo) de obtenção de prova, tem largo campo de ocorrência na cultura da prática penal, tais como nos mandados de busca e apreensão, interceptação telefônica, oitiva de testemunha, interrogatório do acusado etc.” SILVA, Viviani Ghizoni; SILVA, Philipe Benoni Melo e; ROSA, Alexandre Moraes da. **Fishing expedition e encontro fortuito na busca e apreensão: um dilema oculto do processo penal**. Florianópolis: Emais, 2022. p. 50.

seja subjetiva e se atenha a estados emocionais, não à reação ou a forma como a pessoa está vestida⁴⁷⁸.

Em julgado recente, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que, embora não usar capacete seja praxe no local da abordagem, não se pode extrair da utilização do equipamento, exclusivamente, a existência de fundada suspeita para justificar a busca pessoal. A situação envolvia uma abordagem policial em dois homens em uma moto que faziam uso de capacete, prática incomum na cidade. Além disso, os policiais perceberam o nervosismo dos sujeitos quando avistaram os agentes⁴⁷⁹.

Os julgados acima expostos demonstram que há interpretações divergentes entre os Tribunais Superiores acerca da busca pessoal e domiciliar. Os conceitos jurídicos indeterminados que são utilizados nas regras jurídicas propiciam uma maior discricionariedade do intérprete em razão da sua textura aberta. A utilização de *standards* probatórios em relação a esses meios de obtenção de prova tem por finalidade estabelecer parâmetros e tornar mais objetivo o comportamento a ser adotado na sua realização. Esses padrões probatórios devem ser corroborados pela regra jurídica que permite a aplicação das regras de experiência nos casos que envolvam conceitos jurídicos indeterminados.

Quanto à prova científica⁴⁸⁰ ou prova pericial, o artigo 375 do Código de Processo Civil veda que o juiz utilize regras de experiência em relação ao exame pericial. No âmbito processual, há controvérsias em torno de informações técnicas, tais como transtornos psicológicos, laudos contábeis e responsabilidade médica. Essa informação é trazida por um auxiliar do juízo, a considerar a sua formação e experiência em uma determinada área do conhecimento e que a utilize adequadamente quando requerido.

⁴⁷⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina**. Fondo y Reparaciones. Presidenta: Elizabeth Odio Benito, 1 sept. 2020. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_411_esp.pdf. Acesso em: 1 out. 2024.

⁴⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 889.619/PE**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 12 jun. 2024. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_processo=HC%20889619. Acesso em: 1º out. 2024.

⁴⁸⁰ Liliana Damaris Pabón Giraldo assim define a prova científica: “*En esse orden de ideas, cabe decir que la prueba científica es aquella que utiliza un conocimiento científico y está basada en leyes universales, dado que emplea una metodología científica, en tanto a través de un conocimiento específico busca verificar o comprobar la veracidad de un juicio; por lo cual es entendida como aquella que posee conocimientos específicos, científicos, artísticos y técnicos*”. PABÓN GIRALDO, Liliana Damaris. De la prueba científica: un problema contemporáneo del derecho probatorio. In: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; SOARES, Carlos Henrique; BUSTAMANTE RÚA, Mónica Maria Bustamante; PABÓN GIRALDO, Liliana Damaris; ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado de (org.). **Direito probatório**: temas atuais. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016. p. 22.

No caso do *expert*, os fatos externos serão percebidos e interpretados. As formas diferentes de conhecer o mundo e de interpretar o que se percebe são parte constitutiva do perito. Em uma visão da epistemologia probatória, a questão não está somente na imparcialidade, pois o perito realiza inferências em um processo judicial, a partir de critérios intersubjetivos que adota e daquilo que observa⁴⁸¹.

No caso da perícia, da mesma forma que ocorre em relação à prova testemunhal, não há uma imediatidade na obtenção do conhecimento pelo juiz, pois ela é obtida por meio de outra mente, a qual vai interpretar os dados com seus possíveis vieses e falibilidade. Contudo, no caso do perito, por retratar informações técnicas e não generalizadas, reduzir-se-ia àquilo que o juiz poderia saber mediante o próprio perito. Desse modo, aponta-se para uma dependência epistêmica do julgador em relação ao perito⁴⁸².

A teoria da prova ou ciência da prova também recebe o nome de probática⁴⁸³. Quando se fala na credibilidade da prova científica, é destacada a validade metodológica-científica, a existência de fundamentos racionais sobre a dinâmica dos fatos em análise, amplo contraditório e análise judicial embasada em método científico reconhecidamente credenciado⁴⁸⁴. O problema é que o juiz deve valorar as conclusões de outro profissional cuja ciência ele não conhece. Do ponto de vista da epistemologia probatória, a supremacia da prova pericial é tratada como um mito, diante das razões acima expostas⁴⁸⁵.

Para o controle judicial da prova técnica e científica, são apresentadas algumas propostas pela epistemologia nas fases desse meio de prova, ou seja, na sua admissão, na sua produção e na sua valoração. Além da relevância, requisito de admissibilidade para qualquer meio de prova, um ponto que pode ser objeto de controle é acerca do método ou técnica a ser utilizada, por meio da sua verificabilidade, análise da taxa de erro, maturidade das pesquisas

⁴⁸¹ Segundo Carmen Vázquez, “Centrar a atenção unicamente na imparcialidade evidencia muitos dos problemas periciais mais importantes surgidos no processo judicial: os desacordos genuínos entre peritos, os possíveis erros cognitivos (de boa-fé, se se quiser agregar) do perito imparcial e, por óbvio, a incompetência de muitos supostos peritos, que poderiam ser completamente imparciais”. VÁZQUEZ, Carmen. **Prova pericial**: da prova científica à prova pericial. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 84.

⁴⁸² VÁZQUEZ, Carmen. **Prova pericial**: da prova científica à prova pericial. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 85.

⁴⁸³ De acordo com Victor Fabiano Pedrosa da Silva Vieira, “A Probática é ciência autônoma ao processo (direito probatório) e tem como objetivo reconstruir fatos e fenômenos do mundo exterior já ocorridos, muitas vezes, amparada por métodos científicos para posterior uso como prova em processos judiciais, passando a servir, nesse caso, ao direito probatório”. VIEIRA, Victor Fabiano Pedrosa da Silva. **Probática**: a ciência da representação dos fatos no processo. Belo Horizonte: D’Plácido, 2023. p. 21.

⁴⁸⁴ VIEIRA, Victor Fabiano Pedrosa da Silva. **Probática**: a ciência da representação dos fatos no processo. Belo Horizonte: D’Plácido, 2023. p. 146.

⁴⁸⁵ CASTRO, Cássio Benvenuti de. **Standards de prova na perspectiva da tutela dos direitos**. Londrina: Thoth, 2021. p. 147.

existentes sobre o método e consenso e aceitação do método na comunidade científica⁴⁸⁶. Sobre o método da perícia, o artigo 473 do Código de Processo Civil trata dos requisitos do laudo pericial e, no inciso III, expressamente prevê a indicação do método utilizado, cujos esclarecimentos e demonstração sejam amplamente aceitos por especialistas na área de conhecimento em que se baseia.

Quanto à produção de uma prova pericial, destaca-se a necessidade de um papel ativo do juiz e das partes, mediante a observância do contraditório e a necessidade de se chamar o perito para a audiência com a intenção de esclarecer as afirmações feitas no laudo pericial e a contraposição e os possíveis desacordos entre o perito e os assistentes técnicos, se houver. Caso os desacordos permaneçam, é possível uma acareação entre eles, para que o juiz possa obter as razões de ambos⁴⁸⁷. Pode ser feita a substituição do perito também como forma de controle de produção da prova.

No que diz respeito à valoração da prova pericial, há um desafio em se instituir um critério para valorar a sua qualidade, em razão de sua heterogeneidade, pois tratam das mais diversas áreas do conhecimento. De forma genérica, pode ser exigido um critério empírico para fins de confiabilidade e a explicação dos próprios critérios. O perito deve fundamentar o laudo e observar o dever de congruência, conforme especificamente estabelece o artigo 473 do Código de Processo Civil.

Nesse ponto da valoração da prova, há uma importante regra jurídica que determina que o juiz não está vinculado ao laudo pericial. O artigo 479 do Código de Processo Civil estabelece que o juiz deve indicar na sentença os motivos que o levaram a considerar ou deixar de considerar as conclusões do laudo, a ter em conta o método utilizado pelo perito. O artigo 182 do Código de Processo Penal dispõe expressamente que o juiz não ficará restrito ao laudo e pode aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.

Os aportes epistemológicos sobre a prova pericial contribuem para uma melhor análise pelo juiz desse meio de prova. Reconhecer que o perito, como todo ser humano, vai interpretar e valorar os fatos que lhe são colocados para apreciação e confeccionar o laudo de forma discursiva, a corroborar suas experiências e métodos de acordo com a sua área de conhecimento, é uma importante informação que o magistrado angaria para uma valoração mais qualitativa.

⁴⁸⁶ AVELINO, Murilo Teixeira. **O controle judicial da prova técnica e científica**. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 197-199.

⁴⁸⁷ VÁZQUEZ, Carmen. **Prova pericial: da prova científica à prova pericial**. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 489-490.

Ao mesmo tempo, há regras jurídicas que possibilitam ao juiz controlar a atividade do perito, notadamente os requisitos exigidos para o laudo e a não vinculação a esse meio de prova.

Outro importante mecanismo de controle da prova pericial diz respeito à cadeia de custódia para as infrações que deixar vestígios no processo penal. O artigo 158-A do Código de Processo Penal considera como cadeia de custódia o conjunto de procedimentos utilizados para manter e documentar a cronologia do vestígio, para rastrear a sua posse e manuseio do reconhecimento até o descarte. O artigo 158-B do mesmo Código estabelece as seguintes etapas: reconhecimento, isolamento, fixação, coleta, acondicionamento, transporte, recebimento, processamento, armazenamento e descarte. A finalidade é estabelecer um conjunto de procedimentos que garanta a integridade e autenticidade dos vestígios e evidências coletados em uma investigação⁴⁸⁸.

Manuel Monteiro Guedes Valente sustenta que a quebra da cadeia de custódia tem como consequência jurídica a proibição de utilização da prova, ou seja, não deve ser admitido o seu ingresso na persecução penal em juízo⁴⁸⁹. No ano de 2014, antes da modificação realizada na legislação processual penal, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 160.662/RJ, acolheu a tese da cadeia de custódia e declarou a ilicitude da prova⁴⁹⁰. Em sentido oposto, há o entendimento de que a constatação de vícios na cadeia de custódia não leva necessariamente à sua ilicitude e consequente inadmissibilidade no processo, pois a questão deve ser resolvida no momento da valoração⁴⁹¹.

⁴⁸⁸ Manuel Monteiro Guedes Valente trata a cadeia de custódia da prova como uma garantia formal e material da tutela da limpidez da prova. Segundo o autor, “implica em uma conexão interna do processo de investigação criminal e uma vinculação contínua interna nos tempos e espaços do processo-crime: legítimos, legais (válidos) e lícitos. Por isso, implica, por seu turno, a expurgação [i.e. extirpação] do processo de conexões e vinculações ilegítimas, ilegais e ilícitas”. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Cadeia de custódia da prova**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2020. p. 38.

⁴⁸⁹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Cadeia de custódia da prova**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2020. p. 91. Com o mesmo entendimento, Geraldo Prado afirma: “Verificada a quebra da cadeia de custódia das provas, todos os demais elementos colhidos a partir da quebra estarão contaminados e igualmente não serão válidos. A contaminação gerada pela quebra da cadeia de custódia das provas tem tratamento no art. 157 do CPP, que estabelece a inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas, salvo quando houver rompimento do nexo de causalidade entre umas e outras.” PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2014. p. 91-92.

⁴⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 160.662/RJ**. Relatora: Min. Assusete Magalhães, 18 fev. 2014. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33740615&num_registro=201000153608&data=20140317&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 12 out. 2024.

⁴⁹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A cadeia de custódia da prova digital. In: OSNA, Gustavo; SARLET, Ingo Wolfgang; MATIDA, Janaína Roland; REICHEL, Luís Alberto; JOBIM, Marco Félix; RAMOS, Vitor de Paula (org.). **Direito probatório**. Londrina: Thoth, 2023. p. 182.

O Superior Tribunal de Justiça, em um caso, entendeu que a apreensão de uma substância que chegou à perícia em um saco de supermercado, fechado por um nó e desprovido de lacres, apresentava irregularidades na cadeia de custódia. O Tribunal Superior decidiu que essa irregularidade deveria ser avaliada pelo magistrado com base em todos os elementos de prova, para que se pudesse determinar se a prova seria confiável. A decisão foi proferida no julgamento do *Habeas Corpus* nº 653.515/RJ⁴⁹². Embora na legislação brasileira a cadeia de custódia esteja inserida na prova que deixa vestígios e necessita do exame de corpo de delito, ela pode ser aplicada a qualquer tipo de prova e a sua observância é uma discussão atual em torno do desafio das provas digitais, tema que será tratado na seção seguinte.

5.3 Prova documental e provas digitais

Quanto à prova documental, inicialmente deve ser analisada uma distinção que é feita entre a prova documental e a prova documentada. O Código de Processo Civil, ao tratar do procedimento monitório, prevê, no artigo 700, §1º, que a prova escrita sem eficácia de título executivo, que justifica o procedimento especial, pode consistir em prova oral documentada. Essa percepção legislativa reproduz a ideia de que a prova documentada não chega a constituir prova documental.

A distinção feita pela doutrina tem algumas abordagens. A distinção estrutural diz respeito ao caráter direto ou indireto do fato probando. O documento tem caráter representativo direto; o termo de depoimento de uma testemunha, que é uma prova testemunhal documentada, seria um fato representativo indireto e um documento, porém não se transformaria em uma prova documental. Nem todo documento constitui prova documental. No caso da prova emprestada, prevista no artigo 372 do Código de Processo Civil, a utilização de uma prova documentada no processo de origem — uma perícia, por exemplo — pode assumir a natureza de prova documental no processo de destino⁴⁹³.

⁴⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 653.515/RJ**. Relatora: Min. Laurita Vaz, 23 nov. 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=137869704&num_registro=202100831087&data=20220201&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 12 out. 2024.

⁴⁹³ Vitor de Paula Ramos, ao tratar dessa distinção, prevê o seguinte: “A prova documentada, assim, faria prova somente de um fato que representaria outro fato. Uma fotografia, portanto, seria prova documental, ao passo que seriam provas documentadas o vídeo do depoimento de uma testemunha (uma vez que o vídeo provaria o depoimento, que, por sua vez, provaria o que diz a testemunha); da mesma forma, um laudo pericial ou um exame de DNA produzidos em outro processo, que provariam que, em outro processo, foi feita uma prova que, por sua vez, provaria a existência de um vício construtiva ou a identidade do suspeito”. RAMOS, Vitor de Paula. **Prova documental**: do documento aos documentos, do suporte à informação. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 31.

Há crítica a essa distinção, pois não há um critério científico para distinguir a prova documental da prova documentada⁴⁹⁴. A exceção a essa distinção de impossibilidade de distinção tem cabimento para as hipóteses em que se exige a prova documental como requisito de admissibilidade para a demonstração de certos fatos, tais como no contrato de depósito voluntário (artigo 646 do Código Civil) e na sociedade de fato (artigo 987 do Código Civil). Também há uma distinção quando a lei atribui ao documento, no contexto da prova documental, uma eficácia *ex lege*, tal como ocorre com o documento público (artigo 405 do Código de Processo Civil) e uma presunção de sua autenticidade para o documento particular escrito e assinado, ou somente assinado (artigo 408 do Código de Processo Civil).

O conceito de documento é amplo e não representa somente algo escrito. São provas documentais, por exemplo, um e-mail, uma fotografia, a filmagem de um acontecimento, os arquivos que contêm mensagens trocadas por aplicativos e o prontuário médico de um paciente. Os documentos têm relação com as provas digitais e há uma discussão sobre aspectos relacionados à sua credibilidade e confiabilidade.

O estado da arte da prova documental é de ser-lhe concedido um alto valor em razão da sua imediatidade e permanência. A regulamentação da prova documental no Código de Processo Civil é mais extensa que os demais meios de prova. Entretanto, não há uma hierarquia entre os meios de prova. A prova documental tem por característica demonstrar diretamente o fato pretérito. Nesse ponto, difere, por exemplo, da prova testemunhal e da prova pericial, pois nesses casos há uma interferência valorativa da testemunha ou do perito⁴⁹⁵.

Embora as provas documentais busquem demonstrar o fato pretérito sem intermediação, deve ser ponderado que elas podem ser admitidas mesmo que formadas fora do processo, ou seja, sem contraditório prévio. No caso, o contraditório será conferido para impugnar eventual autenticidade, por meio de arguição de falsidade, ou mesmo questionar, discutir e deduzir provas em sentido contrário para que possa derrotá-la. Em razão dessa situação, nas hipóteses em que a prova for formada sem o contraditório, ou seja, sem a participação da contraparte, essa situação deve interferir no valor probatório e na sua força persuasiva.

⁴⁹⁴ LEITE, Clarisse Frechiani Lara. Prova documental e prova documentada: uma distinção ilusória. In: BELLOLIO, Flávia Carbonell; OSNA, Gustavo; SARLET, Ingo Wolfgang; REICHEL, Luís Alberto; JOBIM, Marco Félix; PASCHOAL, Thaís Amoroso; DE PAULA RAMOS, Vitor (org.). **Direito probatório**. Londrina: Thoth, 2024. p. 174.

⁴⁹⁵ Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, ao tratarem do conceito de prova documental, explicam: “Prova documental é, assim, somente aquela através da qual se tem a representação imediata do fato a ser reconstruído”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. p. 668.

Outro ponto sobre a prova documental diz respeito à sua representatividade. Fotos e vídeos podem ter uma representatividade imediata, mas os documentos narrativos de fatos conteriam menor imediatidade. Ao se determinar a objetividade do vídeo ou da foto, a questão é tratada de acordo com a sua qualidade. Em relação aos documentos escritos, há a ideia de que é necessária uma interpretação da declaração nele contida. Existe, na legislação, uma diferenciação em relação aos documentos públicos, pois o artigo 215 do Código Civil prevê que a escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, a fazer prova plena. O artigo 405 do Código de Processo Civil prevê que o documento público faz prova da sua formação e dos fatos que ocorreram na presença do escrivão, chefe de secretaria, tabelião ou o servidor⁴⁹⁶.

Nota-se que há uma heterogeneidade nos tipos e formas que o documento pode ter. Além disso, a totalidade de uma informação pode não estar contida em um documento, o que gera a necessidade de interpretação. É possível que uma imagem, uma foto, um vídeo ou um som não tenham um sentido objetivo e autoevidente, pois esses documentos apreendem uma fração da realidade. Nesse caso, a prova deve ser valorada com o contexto da sua criação e com a combinação de outras provas, para que seja aumentado o grau de corroboração fática⁴⁹⁷.

No caso de uma prova de vídeo, a análise combinada das provas requer que também se atente para possíveis vieses interpretativos. É apontado o viés do ponto de vista (*perspective bias*), conhecido no âmbito cinematográfico, no qual o observador assume, involuntariamente, o olhar do produtor e da câmera como única interpretação possível. Há a apresentação de aportes epistêmicos para a valoração da prova em vídeo: exposição do vídeo em contraditório, debate oral sobre o vídeo e exame pericial sobre as características técnicas e possibilidades interpretativas das filmagens⁴⁹⁸.

Vitor de Paula Ramos apresenta propostas de valoração da prova testemunhal com base na epistemologia e com a utilização, por exemplo, da semiótica, a qual estuda os signos e sua representação por meio dos significados. O signo pode ser uma palavra, um gesto, uma

⁴⁹⁶ Vitor de Paula Ramos pondera o seguinte: “A ideia de que uma *declaração* possa ser objeto de ‘prova plena’ não comprovaria, via de regra, o *fato*, mas tão somente a declaração. Se João afirma, portanto, em uma ata notarial lavrada por tabelião competente e no exercício de sua função, que viu Maria jogar um objeto no rio, isso não seria ‘prova plena’ de que Maria jogou um objeto no rio, mas tão somente do que João declarou”. RAMOS, Vitor de Paula. **Prova documental**: do documento aos documentos, do suporte à informação. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 55-56.

⁴⁹⁷ RAMOS, Vitor de Paula. **Prova documental**: do documento aos documentos, do suporte à informação. Salvador: Juspodivm, 2021. p.168.

⁴⁹⁸ GUEDES, Clarissa Diniz. **Prova em vídeo no processo penal**: aportes epistemológicos. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023. p. 125.

imagem, um som ou algo que possa transmitir uma mensagem. O autor acrescenta que deve ser conhecido o funcionamento do documento e os seus limites naturais, além do contexto de produção. A valoração deve ser realizada em conjunto, ou seja, a prova documental deve ser combinada com outros meios de prova⁴⁹⁹. Ao analisar os parâmetros de valoração de um documento e a Inteligência Artificial, a linguagem pode ser identificada por essa ferramenta, contudo a compreensão do documento e a identificação da sua natureza real necessitam da atuação humana, em razão do que foi exposto acima⁵⁰⁰.

Embora alguns documentos públicos sejam dotados de maior força probante, a ideia de prova plena não implica uma presunção absoluta. Os aportes epistemológicos sobre o contexto dos documentos escritos que contêm narrativas de fatos, bem como sobre os recortes existentes sobre as imagens e vídeos são relevantes para uma valoração da prova mais qualitativa. Porém, a perspectiva de prova combinada diz respeito à ideia de um conjunto probatório, da inexistência de hierarquia entre os meios de prova e do convencimento motivado.

Quanto às provas digitais, o sistema jurídico brasileiro, por meio das legislações processuais, trata das provas de forma geral em um contexto analógico. A busca pela demonstração ou ausência de um fato pode ocorrer pelos meios típicos, ou moralmente legítimos, ainda que não especificados no Código de Processo Civil, conforme estabelece o artigo 369. Os arquivos digitais são tratados pela jurisprudência na maioria das vezes como documentos⁵⁰¹, em razão de uma interpretação extensiva do conceito de documento, entendido como qualquer escrito, instrumento ou papel (artigo 232 do Código de Processo Penal). O Código de Processo Civil trata dos documentos eletrônicos nos artigos 439 a 441⁵⁰².

⁴⁹⁹ Ao final da obra, o autor apresenta algumas propostas para o juiz: “1) Não presumir que o documento seja objetivo, no sentido de conter um só sentido, que dispense interpretação; 2) Reconhecer claramente quais são os conteúdos realmente objetivos dos signos (ex: “letras A, B e C, que interpreto como sendo o início de uma alfabeto)” do documento e analisar os contextos de sua criação, limites etc.; 3) Reconhecer os diversos sentidos possíveis e analisar os documentos no contexto do conjunto probatório, evitando visões de túnel e pré-convencimentos; 4) permitir que as partes, quando o sistema não impedir, tenham acesso aos locais, aos documentos, materiais e dados subjacentes, aos algoritmos e tudo o que for mais relevante para permitir a análise do documento gerado, da forma de funcionamento daquilo que gerou etc.; 5) Buscar verdadeiramente entender os contextos e o funcionamento das fontes de geração de documentos, a fim de ser possível avaliar o valor probatório merecido”. RAMOS, Vitor de Paula. **Prova documental**: do documento aos documentos, do suporte à informação. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 277-278.

⁵⁰⁰ NIEVA FENOLL, Jordi. **Inteligencia artificial y proceso judicial**. Madrid: Marcial Pons, 2018. p. 93.

⁵⁰¹ Gustavo Badaró entende que se trata de uma prova atípica no processo penal. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A cadeia de custódia da prova digital. In: OSNA, Gustavo; SARLET, Ingo Wolfgang; MATIDA, Janaína Roland; REICHEL, Luís Alberto; JOBIM, Marco Félix; RAMOS, Vitor de Paula (org.). **Direito probatório**. Londrina: Thoth, 2023. p. 177-178. José Guimarães Mendes Neto entende que a aproximação entre o conceito de prova documental e prova digital é inapropriado. MENDES NETO, José Guimarães. **Provas digitais na era digital**: desafios constitucionais e legais para recolha de dados à revelia do portador. São Paulo: Marcial Pons, 2024. p. 214.

⁵⁰² Segundo Rennan Thamay e Mauricio Tamer, a prova digital é “o instrumento jurídico vocacionado a demonstrar a ocorrência ou não de determinado fato e suas circunstâncias, tendo ele ocorrido total ou parcialmente em

As provas digitais podem ser obtidas de uma página extraída da rede mundial de computadores, uma mensagem de texto ou enviada pelo aplicativo de mensagens WhatsApp ou Telegram, arquivos extraídos de aparelhos celulares, redes sociais, vídeos e imagens de câmeras de segurança, geolocalização, dentre outros. O valor da prova digital passa pela sua autenticidade e integridade, além da observância dos requisitos para sua admissibilidade em relação aos direitos e garantias fundamentais⁵⁰³.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 828.054/RN, tratou de uma questão que envolvia uma apuração de crime. Mediante autorização judicial, houve a extração de dados via *print screen* de conversas realizadas pelo aplicativo de mensagens WhatsApp. A discussão tratava da confiabilidade da obtenção desse meio de prova. Na decisão, foi concedida a ordem por entender que não houve observância da cadeia de custódia⁵⁰⁴.

No referido julgamento, houve menção à NBR ISO/IEC 27037:2013⁵⁰⁵ da Associação Brasileira de Normas Técnicas, a qual estabelece diretrizes acerca do manuseio de evidências digitais e sua observância tem por finalidade assegurar a auditabilidade da prova, para que o procedimento possa ser repetido, reproduzido e justificado, a fim de que seja assegurado o princípio da mesmidade, ou seja, a correspondência entre tudo o que foi colhido e aquilo que foi obtido do processo de extração da prova⁵⁰⁶.

meios digitais ou, se fora deles, esses sirvam como instrumento para a sua demonstração. A prova digital é o meio de demonstrar a ocorrência de um fato ocorrido em meio digital, ou que tem no meio digital um instrumento de demonstração de determinado fato de seu conteúdo”. THAMAY, Renan; TAMER, Mauricio. **Provas no direito digital**: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 33.

⁵⁰³ Darci Guimarães Ribeiro, ao tratar do valor da prova digital, afirma “*Por ello, si puede concluir que la prueba digital es perfectamente aceptada, una vez identificada su autenticidad, que es la identificación de la autoría, la integridad de su contenido, que corresponde al original, porque no ha sido alterado, y la licitud en su obtención, no violando derechos y libertades individuales*”. RIBEIRO, Darci Guimarães. La prueba digital. In: OSNA, Gustavo; SARLET, Ingo Wolfgang; MATIDA, Janaína Roland; REICHEL, Luís Alberto; JOBIM, Marco Félix; RAMOS, Vitor de Paula (org.). **Direito probatório**. Londrina: Thoth, 2023. p. 204.

⁵⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 828.054/RN**. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik, 23 abr. 2024. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=242041837®istro_numero=202301896150&peticao_numero=202300906480&publicacao_data=20240429&formato=PDF. Acesso em: 7 out. 2024.

⁵⁰⁵ A ISO/IEC 27037 é uma norma de referência global que fornece diretrizes para identificação, coleta, aquisição e preservação de evidência digitais. A norma traduzida para o português (ABNT/NBR ISO/IEC 27037:2013) não está disponível gratuitamente na rede mundial de computadores e necessita de aquisição nos sítios eletrônicos www.iso.org e www.normas.com.br.

⁵⁰⁶ Geraldo Prado, ao tratar da mesmidade, diz o seguinte: “a cadeia de custódia fundamenta-se no princípio universal de ‘autenticidade da prova’, definido como ‘lei da mesmidade’, isto é, o princípio pelo qual se determina que ‘o mesmo’ que se encontrou na cena [do crime] é o ‘mesmo’ que se está utilizando para tomar a decisão judicial”. PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia no processo penal**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2019. p. 95.

Do ponto de vista legislativo, o artigo 422 do Código de Processo Civil, ao tratar do contexto da prova documental, prevê no §1º que, caso as fotografias digitais extraídas da rede mundial de computadores sejam impugnadas, deve ser apresentada a autenticação eletrônica ou realizada a perícia. A Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, conhecida como Marco Civil da Internet, prevê no artigo 22 a possibilidade de obtenção, mediante autorização judicial, de registros de conexão ou de acesso a aplicações de internet.

Ademais, há a Medida Provisória nº 2.220-2/2001, que regulamenta a utilização de certificados digitais e a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil). A referida Medida Provisória estabelece os requisitos técnicos de segurança para a emissão, uso e validação de certificados digitais e dispõe sobre as chaves criptografadas. A Lei nº 11.419/2006, Lei do Processo Eletrônico, regulamenta o uso de meios eletrônicos no processo judicial para a realização de atos processuais eletrônicos e regras para a validade jurídica das informações ali constantes.

A Lei nº 12.682/2012 estabelece regras para a elaboração e arquivamento de documentos em meios eletrônicos. Determina que documentos elaborados e armazenados eletronicamente possuem a mesma validade jurídica de documentos em papel, desde que sejam observadas certas exigências técnicas. Existe um Projeto de Lei (PL nº 4.939/2020) que dispõe sobre normas de obtenção e admissibilidade de provas digitais na investigação e no processo⁵⁰⁷.

É possível o controle das provas digitais tanto por meio de uma perícia, quanto pela observância da cadeia de custódia, instituída pela Lei nº 13.964/2019. Para se definir a validade de determinada evidência digital, devem ser observadas a relevância, a confiabilidade e a suficiência. A prova deve ser preservada e o manuseio e acondicionamento devem ser realizados de modo que seja minimizada a possibilidade de espoliação (degradação) ou adulteração, que pode resultar em um ato intencional, ou a permissão de mudança da prova digital.

Geraldo Prado, ao tratar da cadeia de custódia no contexto das provas digitais, destaca que as técnicas especiais de investigação, tais como a apreensão e exame de equipamentos de informática e processamento de dados, interceptações acústicas e telefônicas podem resultar em uma “subjetividade digital” que busque construir discursivamente a verdade sobre os fatos no

⁵⁰⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4939, de 2020**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1936366&filename=PL%204939/2020. Acesso em: 8 out. 2024.

processo criminal com a utilização de evidências que são obtidas pelos meios de investigação e que ainda não foram submetidas ao contraditório⁵⁰⁸.

Além da análise da cadeia de custódia em torno das provas digitais, no âmbito do processo civil é comum a utilização da ata notarial em provas digitais. O artigo 384 do Código de Processo Civil estabelece que a existência e o modo de existir de um fato podem ser atestados ou documentados mediante ata lavrada por tabelião. No caso, a fé pública gerada pelo documento é dotada de uma presunção relativa e admite prova em sentido contrário⁵⁰⁹.

Outro possível controle da prova digital pode ocorrer por meio de uma perícia. Conforme tratado anteriormente, o artigo 422 do Código de Processo Civil prevê a possibilidade de impugnação de documentos digitais e o §1º do referido artigo trata da possibilidade de perícia. O artigo 464 do Código de Processo Civil, ao abordar a questão da prova pericial, define as suas espécies: exame, vistoria ou avaliação. No caso, a perícia consistirá em um exame dos documentos digitais acerca da sua fiabilidade e integridade para que possa ser validamente valorada pelo juiz⁵¹⁰.

Do ponto de vista prescritivo, acerca das provas digitais, para contextualização e caracterização do panorama legislativo nacional acerca do uso de tecnologias na persecução penal, são apontadas a Lei nº 12237/2012, conhecida como “Lei dos Crimes Cibernéticos”, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e a Lei nº 12850/2013 (Lei das Organizações Criminais), além da Convenção de Budapeste, incorporada ao ordenamento jurídico nacional por meio do Decreto nº 11491/2023.

⁵⁰⁸ PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia no processo penal**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2019. p. 115.

⁵⁰⁹ Lorenzo Parodi trata da possibilidade de utilização da ata notarial em provas digitais no processo penal e apresenta as seguintes hipóteses: “Com tudo isso, uma ata notarial pode ser útil, por exemplo, para certificar um procedimento de coleta de uma mídia (HD ou similar), realizado em uma empresa, com o relativo cálculo do código *hash*, que irá constar na própria ata, e com o acondicionamento em recipiente lacrado, que igualmente irá constar na ata. Desta forma, o material que será depois entregue à autoridade, apreendido e sucessivamente periciado por perito oficial, terá uma origem mais confiável e documentada e, por isso, um maior valor probatório. Outro exemplo de uso de uma ata notarial é o de documentar a existência de páginas de internet, e-mails e conteúdo de servidores remotos e dispositivos eletrônicos em geral. Obviamente, os procedimentos deverão ser realizados, e a ata deverá ser redigida, de forma a não deixar margem a dúvidas e possíveis contestações quanto à confiabilidade dos procedimentos adotados (por exemplo, quanto à integridade do material coletado)”. PARODI, Lorenzo. **Perícia defensiva em provas digitais no processo penal**: origem, custódia, integralidade e integridade. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2024. RB-1.29. E-book.

⁵¹⁰ Segundo Lorenzo Parodi, “Trabalhos periciais em provas digitais no âmbito de processos penais podem frequentemente revelar irregularidades (quando não ilegalidades) que levem à decretação da inadmissibilidade ou nulidade dessas provas, assim como, quando combinados com atividades de investigação defensiva, à descoberta de elementos que contradigam as alegações da acusação ou de outras formas favoreçam a defesa. Importante também lembrar que o fim último da prova é fornecer ao Juízo o conhecimento necessário e confiável acerca dos fatos para que possa formar seu livre convencimento motivado”. PARODI, Lorenzo. **Perícia defensiva em provas digitais no processo penal**: origem, custódia, integralidade e integridade. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2024. RB-1.9.

A utilização de outras áreas do conhecimento para aplicação no Direito contribui para uma melhora na prestação jurisdicional. Entretanto, não se pode olvidar que há necessidade de enquadramento normativo para que haja um diálogo possível entre as várias fontes. O discurso da necessidade de uma abordagem racionalista da prova, na busca de controle do raciocínio probatório do juiz, deve ser compatibilizado com o ordenamento jurídico brasileiro. Observa-se, porém, que são apresentadas algumas propostas de modelos de constatação ou *standards* probatórios sem a necessária contextualização normativa.

O tratamento da matéria no Brasil é seguido nas legislações processuais dos países que adotam o sistema do *civil law* e estas, em regra, não definem expressamente os *standards* probatórios com um aparato técnico-normativo a ser utilizado para fundamentar uma decisão em termos de suficiência probatória e isso ocorre em todas as searas do Direito e em todas as fases processuais. Esse vácuo legal, segundo a teoria racionalista, pode deturpar o modelo da persuasão racional⁵¹¹.

Contudo, o modelo do convencimento motivado ou da persuasão racional, previsto no artigo 155 do Código de Processo Penal e no artigo 371 do Código de Processo Civil, estabelece uma discricionariedade ao juiz. Essa margem que é conferida ao magistrado, embora possa gerar subjetivismo, é a mesma margem que estabelece a possibilidade de graus de suficiência probatória, exatamente em razão dessa maior abertura do sistema⁵¹². Deve ser destacado que se entende possível a existência de uma teoria geral da prova que pode ser aplicada a qualquer tipo de processo, conforme mencionado na introdução da tese.

⁵¹¹ Rômulo Almeida, ao dispor sobre o tratamento da matéria no Brasil, discorre: “mesmo não existindo uma formulação teórica definida nem uma tradição consolidada para a tomada de decisão com base na prévia definição de *standard* de prova, começa-se a observar, pontualmente, em algumas decisões proferidas em processos criminais, inclusive do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a referência, ainda que retórica e sem nenhum detalhamento em sua maioria, do *standard* anglo-saxônico clássico exigido no processo penal, no sentido de que a responsabilidade criminal deve ser provada ‘acima de qualquer dúvida razoável’ (*proof beyond a reasonable doubt*, ou simplesmente BARD) – que representa a exigência de um elevado nível de suficiência probatória”. ALMEIDA, Rômulo. **A motivação fático-probatória da sentença penal**: uma abordagem racionalista. Londrina: Thoth, 2024. p. 315.

⁵¹² Giovanni Tuzer, ao analisar a discussão que envolve os *standards* probatórios e o sistema do livre convencimento motivado, afirma: “Todavia, essa complexa discussão lança uma sombra de dúvida sobre a ideia de que se pode estabelecer *standards* probatórios ou umbrais de prova suficiente para uma decisão condenatória. A menos que especifiquemos que o alcance desse umbral depende de uma livre valoração e que o mesmo conjunto de elementos probatórios pode ser legitimamente valorado de diferentes maneiras, que por vezes justificam o alcance do umbral e outras vezes não. Se, no entanto, não estivermos dispostos a aceitar uma tal divergência de resultados valorativos, não se vê como se possa escapar a uma lógica de prova legal, mesmo que apresentada sob as vestes dos *standards* probatórios”. TUZER, Giovanni. **As razões da prova**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2024. p. 200.

A mesma abertura é constatada quando se trata da análise dos institutos dos indícios, presunções e máximas de experiência, as quais possibilitam uma maior abertura ao magistrado no caminho que deve percorrer para chegar à formação do seu convencimento. O sistema que é criticado pela teoria racionalista da prova é o mesmo sistema que permite a abertura necessária para que os modelos de constatação ou *standards* probatórios atuem na produção e valoração probatórias.

6 CONCLUSÃO

A atividade probatória a ser desempenhada pelo juiz perpassa pela análise dos fatos e das provas. Sobre os fatos, ou enunciados fáticos, eles serão objeto de interpretação pelos sujeitos que atuam em um processo judicial. Ao se interpretar um fato, é possível que incida sobre ele alguma carga valorativa, pois é inerente ao ser humano a presença de ideologias e pré-concepções, o que atrai a incidência de um subjetivismo na sua concretização. Essa abordagem retrata o contexto de um juiz fiel aos fatos, ou seja, aquele que atua no processo sem qualquer intenção de prejudicar as partes.

Os fatos que ingressam em um processo são fatos jurídicos e dotados de normatividade. Há uma relação indissociável entre os fatos e o Direito, pois a atividade interpretativa passa pela compreensão dos fatos em um contexto social. A interpretação de uma questão de fato está relacionada com a cognição do juiz. O conhecimento sobre os fatos é o que se denomina de contexto da descoberta e é preciso ter ciência que sobre ele irá incidir algum subjetivismo, ainda que se busque controlar a determinação dos fatos e a produção da prova.

A epistemologia jurídica, mais especificamente a epistemologia probatória, busca a correta delimitação dos fatos para evitar erros judiciais. A verdade é analisada na perspectiva de uma correspondência e de acordo com as bases do conhecimento humano. O juízo de fato implica uma relação de correspondência entre a linguagem e o mundo, entre a proposição contida na hipótese fática que descreve o que ocorreu e a realidade sobre a qual ela se refere.

A busca pela verdade não pode ocorrer de qualquer forma, pois há regras jurídicas que a limitam. Dentre as limitações existentes, há a imparcialidade do juiz, a qual é revisitada com a ideia de uma imparcialidade objetiva e que, segundo propalado, pode ser analisada fora das hipóteses estritamente legais. O controle da imparcialidade busca coibir a atuação de um juiz infiel, ou seja, aquele magistrado que atua para favorecer interesse próprio ou de terceiros.

A forma de controle da atuação judicial no contexto da justificação ocorre por meio da garantia constitucional de motivação ou fundamentação das decisões judiciais (artigo 93, IX, da Constituição Federal). A legislação brasileira adotou um critério negativo acerca dos pronunciamentos judiciais de caráter decisório, pois prevê a sanção de nulidade para as decisões que são consideradas não fundamentadas em razão da ausência de exposição analítica dos fatos e argumentos.

Para a motivação de uma decisão judicial, o sistema brasileiro prevê que deve observado o (livre) convencimento motivado. O sistema do livre convencimento motivado não implica interpretar que o juiz julga como bem entender, mas, sim, a construção de uma ruptura com o sistema da tarificação probatória, em que o julgamento deveria observar os parâmetros aprioristicamente previstos em lei. O alegado subjetivismo na discricionariedade conferida ao juiz aporta a teoria racionalista da prova, a qual busca estabelecer parâmetros mais objetivos tanto para a produção da prova quanto para a sua valoração.

Contudo, o próprio sistema propicia estados subjetivos ao juiz. No contexto da teoria geral da prova e do ônus da prova surgem as presunções legais e as presunções judiciais, essas conhecidas como regras de experiência ou máximas de experiência, previstas expressamente no artigo 375 do Código de Processo Civil. Ambas atuam no raciocínio inferencial utilizado pelo magistrado para a valoração da prova. Embora a presunção legal reduza a atuação do magistrado, a presunção judicial atribui uma maior liberdade ao magistrado. É importante distinguir fato notório de regras de experiência, pois são institutos jurídicos diferentes e com efeitos diversos.

A busca pela racionalidade probatória é construída por meio dos *standards* probatórios, os quais têm por finalidade estabelecer parâmetros mais objetivos para a produção e valoração probatórias. Esses parâmetros são de origem do Direito de matriz anglo-saxã e sua aplicação no Direito brasileiro ocorre de *lege ferenda*. A hipótese fática descrita pelas partes deve ser corroborada de acordo com o grau de suficiência probatória que é exigida para cada situação específica.

A teoria racionalista da prova tem se utilizado de algumas fontes do Direito para sua aplicação, notadamente a doutrina (estrangeira e nacional) e a jurisprudência, principalmente do Superior Tribunal de Justiça. O modelo descritivo diz como a valoração da prova é feita e o modelo prescritivo estabelece como a valoração da prova deve ser feita. O modelo descritivo foi enriquecido com os estudos da Psicologia e da Economia Comportamental, e o modelo prescritivo traz parâmetros epistemológicos e lógicos para que a valoração seja racional. Ambos os modelos se influenciam, pois buscam o que é possível e necessário na cognição. Embora a teoria racionalista seja direcionada para a melhor delimitação fática, o seu discurso racional utiliza aportes da argumentação jurídica, pois o que se busca é identificar o que vale como fundamentação.

A construção de um modelo argumentativo da prova e da sua valoração considera as provas como as justificações para que o juiz adira ao argumento. Os argumentos devem ser dotados de força argumentativa-justificatória para que sejam confrontados e o argumento mais forte seja identificado. A valoração da prova se dirige a verificar qual o argumento probatório é o mais contundente e a derrotabilidade dos argumentos em sentido contrário. Esse modelo argumentativo deve ser complementado pelo argumento explanatório.

No entanto, deve ser observado que o modelo descritivo deve ser corroborado por um padrão normativo. A tese sustenta que a teoria racionalista não realiza o necessário diálogo entre os modelos e busca estabelecer uma comunicação entre eles por meio de possíveis parâmetros normativos para que as outras áreas do conhecimento sejam efetivamente aplicadas na dogmática jurídica, e o juiz, que deve ter conhecimento interdisciplinar, possa efetivamente utilizá-los nos seus pronunciamentos em um processo. Constata-se que um possível suporte normativo para a teoria racionalista da prova é o próprio sistema de valoração da prova que é questionado, pois o convencimento motivado é que possibilita, em razão da sua abertura, que sejam estabelecidos graus de suficiência para se considerar provado determinado fato.

Acerca das outras áreas do conhecimento, a Economia Comportamental e a Psicologia Cognitiva podem contribuir qualitativamente para a prestação jurisdicional, a fim de que o magistrado possa ter conhecimento da existência de possíveis fatores extrajurídicos na tomada de decisão. O comportamento de um juiz não se restringe apenas ao uso do material jurídico ortodoxo; ele pode empregar estratégias e influências de outras pessoas e agentes que não estão diretamente envolvidos no processo. Da mesma forma, as heurísticas e os vieses que podem influenciar o raciocínio, assim como o conhecimento sobre a Psicologia do Testemunho, desempenham um papel importante para melhora qualitativa da prestação jurisdicional.

Não é tarefa legislativa regular a valoração da prova, pois é impossível exaurir todos os caminhos que poderão ser percorridos pelo juiz. Não há como conceber um regramento que preveja todas as peculiaridades e possibilidades que um caso concreto venha a assumir. Alguns trechos podem ser percorridos de forma inconsciente e todas as questões relevantes não podem ser remetidas à consciência. Além de ser impossível aniquilar todo o subjetivismo do sujeito que vai valorar a prova, isso não é conveniente nem necessário, pois o nosso sistema é, sim, dotado de racionalidade com base nas regras jurídicas até então existentes.

A legislação brasileira demonstra a dificuldade na obtenção da intenção armazenada no psiquismo do declarante. O artigo 110 do Código Civil prevê que vale o que foi manifestado, no sentido de que a reserva mental daquilo que não foi exteriorizado não pode ser controlado e

não tem significado para o Direito. No caso, está a se falar da reserva mental lícita do juiz fiel aos fatos, sem a intenção de prejudicar aqueles que foram os destinatários da justificação, pois eles não terão conhecimento daquilo que foi objeto de reserva mental, até mesmo porque irá atuar no inconsciente do magistrado.

Conclui-se que a teoria racionalista da prova, baseada em um modelo prescritivo, deve dialogar com o modelo descritivo de como a prova é feita. É possível essa interlocução para que o magistrado possa efetivamente aplicar nas suas decisões os conhecimentos advindos de outras áreas. Essa situação torna o sistema racional. Quanto àquilo que não pode ser controlado, a virtude do agente julgador está na ciência do inconsciente, a fim de que tenha uma melhor atuação do ponto de vista qualitativo, tanto no contexto da descoberta quanto no contexto da justificação.

REFERÊNCIAS

- ACCATINO, Daniela. Teoria da prova: Somos todos “racionalistas” agora? *In*: MATIDA, Janaina; MOSCATELLI, Livia (coord.). **Os fatos no processo penal**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023. p. 19-42.
- AFONSO, Orlando Viegas Martins. **Poder judicial**: independência in dependência. Coimbra: Almedina, 2004.
- ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. Decisão judicial e valoração da prova oral: alguns aportes teóricos oriundos da psicologia do testemunho. **Revista Judiciária do Paraná**, Curitiba, ano XV, n. 20, p. 175-192, nov. 2020.
- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2017.
- ALMEIDA, Gabriela Perissinotto de; NOJIRI, Sérgio. Como os juízes decidem casos de estupro? Analisando sentenças sob a perspectiva de vieses e estereótipos de gênero. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, v. 8, n. 2, p. 826-854, 2018.
- ALMEIDA, Rômulo. **A motivação fático-probatória da sentença penal**: uma abordagem racionalista. Londrina: Thoth, 2024.
- ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Fundamentação judicial exauriente, argumentação jurídica exauriente e concisão: um diálogo necessário. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 42, n. 274, p. 47-77, dez. 2017.
- ALVIM, Teresa Arruda. **Nulidades do processo e da sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.
- ALVIM, Teresa Arruda. Nulidades no Código de Processo Civil de 2015. **Revista Judiciária do Paraná**, Curitiba, n. 13, p. 74-90, 2017.
- ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. **Análisis de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2015.
- ANDRADE, Flávio da Silva. **Julgamentos criminais na perspectiva da psicologia**: Heurísticas e vieses, dissonância cognitiva, falsas memórias e participação. Salvador: Juspodivm, 2020.
- ANDRADE, Flávio da Silva. **Standards de prova no processo penal**: quanto de prova é necessário para deferir medidas cautelares, receber a denúncia, pronunciar e condenar? Salvador: Juspodivm, 2024.

AQUINO, José Carlos G. Xavier. **A prova testemunhal no processo penal brasileiro**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito: introdução e teoria geral**. Coimbra: Almedina, 2017.

AULIO, Rafael Stefanini. **A valoração judicial da prova no direito brasileiro**. Salvador: Juspodivm, 2021.

AVELINO, Murilo Teixeira. **O controle judicial da prova técnica e científica**. Salvador: Juspodivm, 2018.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2013.

ÁVILA, Humberto. **Constituição, liberdade e interpretação**. São Paulo: Malheiros, 2019.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da indeterminação no direito**. São Paulo: Malheiros, 2022.

ÁVILA, Humberto. Teoria da prova: *standards* de prova e o critério de solidez da inferência probatória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 43, n. 282, p. 113-139, ago. 2018.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BÄCKER, Carsten. **Fundamentar e decidir: crítica e reconstrução da teoria discursiva do direito de Alexy**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A cadeia de custódia da prova digital. *In*: OSNA, Gustavo; SARLET, Ingo Wolfgang; MATIDA, Janaína Roland; REICHEL, Luís Alberto; JOBIM, Marco Félix; RAMOS, Vitor de Paula (org.). **Direito probatório**. Londrina: Thoth, 2023.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Epistemologia judiciária e prova penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Vícios de motivação da sentença penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação *per relationem*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 38, p. 122-141, 2002.

BAGGIO, Lucas Pereira. O artigo 335 do Código de Processo Civil à luz da categoria das máximas de experiência. In: KNIJNIK, Danilo (org.). **Prova judiciária**: estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida a crédito**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BENETTI, Sidnei Agostinho. **Da conduta do juiz**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las pruebas judiciales**. Buenos Aires: EJE, 1971. v. 2.

BESSA, Leonardo Roscoe; LEITE, Ricardo Rocha. A inversão do ônus da prova e a Teoria da Distribuição Dinâmica: semelhanças e incompatibilidades. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 6, n. 3, p. 141-156, dez. 2016.

BEX, Floris J.; KOPPEN, Peter J. Van; PRAKKEN, Henry. A hybrid formal theory of arguments, stories and criminal evidence. **Artificial Intelligence Law**, [s. l.], v. 18, p. 123-152, 2010.

BIRENBAUM, Gustavo. **Teoria da aparência**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Certidão de Julgamento – Habeas Corpus nº 712.781/RJ**. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 15 mar. 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=147959686&num_registro=202103979528&data=20220322&tipo=41&formato=PDF. Acesso em: 12 out. 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses**. Brasília, DF: Ministério da Justiça: Ipea, 2015. (Série Pensando o Direito; 59). Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7766953/mod_resource/content/1/Pensando%20o%20Direito%20%282016%29%20-%20%20Avan%C3%A7os%20Cient%C3%ADficos%20em%20Psicologia%20do%20Testemunho%20aplicados%20ao%20reconhecimento%20pessoal%20e%20aos%20depoimentos%20forenses.pdf. Acesso em: 12 out. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Habeas Corpus nº 812.310 – RJ (2023/0105045-3)**. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 21 jun. 2023. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202301050453&dt_publicacao=28/11/2023. Acesso em: 2 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **EDcl no Habeas Corpus nº 598.051/SP (2020/0176244-9)**. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 2 mar. 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=126285896&num_registro=202001762449&data=20210526&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 30 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 2123334/MG (2022/0137982-5)**. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, 20 jun. 2024. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_processo=AREsp2123334. Acesso em: 26 ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 778.291/RJ (2022/0330262-6)**. Relatora: Min. Laurita Vaz, 16 out. 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=91&documento_sequencial=208877154®istro_numero=202203302626&peticao_numero=202300934862&publicacao_data=20231018&formato=PDF. Acesso em: 17 jun. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 828.054/RN**. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik, 23 abr. 2024. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=242041837®istro_numero=202301896150&peticao_numero=202300906480&publicacao_data=20240429&formato=PDF. Acesso em: 7 out. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 889.619/PE**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 12 jun. 2024. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_processo=HC%20889619. Acesso em: 1º out. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 160.662/RJ**. Relatora: Min. Assusete Magalhães, 18 fev. 2014. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33740615&num_registro=201000153608&data=20140317&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 12 out. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 653.515/RJ**. Relatora: Min. Laurita Vaz, 23 nov. 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=137869704&num_registro=202100831087&data=20220201&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 12 out. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 776.333/ES (2022/0320212-5)**. Relatora: Min. Daniela Teixeira, 11 jun. 2024. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203202125&dt_publicacao=19/06/2024. Acesso em: 28 ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.720.390**. Relator: Min. Herman Benjamin, 7 jun. 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=81312056&num_registro=201800171452&data=20190312&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 26 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 2.091.647/DF (2022/0203223-1)**. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, 26 set. 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=210985134®istro_numero=202202032231&peticao_numero=&publicacao_data=20231003&formato=PDF. Acesso em: 27 ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 878.265/PB (2006/0084130-5)**. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 2 out. 2008. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4233485&num_registro=200600841305&data=20081210&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 4 jun. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 158.580/BA**. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 25 abr. 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202104036090&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 1º out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.067.392/CE**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 mar. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343636549&ext=.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 774**. Relator: Min. Marco Aurélio, 22 mar. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6072680>. Acesso em: 5 set 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2240-7/BA**. Relator: Min. Eros Grau, 9 maio 2007. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi2240.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5953/DF**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 22 ago. 2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur489596/false>. Acesso em: 5 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6298**. Relator: Min. Luiz Fux, 24 ago. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>. Acesso em: 5 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal 470/MG**. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 17 dez. 2012. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130423-05.pdf. Acesso em: 27 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal nº 470**. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 13 fev. 2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11541>. Acesso em: 12 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 212.682/SP**. Relatora: Min. Rosa Weber, 11 abr. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15350669153&ext=.pdf>. Acesso em: 12 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.447.374/MS**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 02 out. 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=771484106>. Acesso em: 12 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 164.493/PR**. Relator: Min. Luiz Edson Fachin, 23 mar. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5581966>. Acesso em: 12 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 169.788/SP**. Habeas corpus. Relator: Min. Edson Fachin, 4 mar. 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15366741624&ext=.pdf>. Acesso em: 1º out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 603.616 Rondônia**. Relator: Gilmar Mendes, 5 nov. 2015. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true&origem=AP&classeNumeroIncidente=RE%20603616. Acesso em: 30 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 608.880/MT**. Relator: Min. Marco Aurélio, 8 set. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3838114&numeroProcesso=608880&classeProcesso=RE&numeroTema=362>. Acesso em: 4 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.468.558**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 1º out. 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6789314>. Acesso em: 12 out. 2024.

BRAUM, Lawrence. **Judges and their audiences**: a perspective on judicial behavior. Princeton: Princeton University Press, 2006.

BUSINARI, Maurício. “Confiei, apostei e me iludi”: fã processa Deolane após perder R\$ 322 mil. **UOL**, São Paulo, 11 set. 2024. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2024/09/11/confiei-apostei-e-perdi-r-300-mil-e-agora-estou-processando-deolane.htm>. Acesso em: 14 set. 2024.

CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. Salvador: Juspodivm, 2021.

CABRAL, Antônio do Passo. Convenções processuais sobre os padrões probatórios. In: VÁSQUEZ, Carmen; RAMOS, Vitor de Paula (org.). **Debatendo com Ferrer**: standards de prova e subjetivismo em xequê. Londrina: Thoth, 2024.

CABRAL, Antônio do Passo. Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 32, n. 149, p. 339–364, jul. 2007.

CABRAL, Antônio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. E-book.

CABRAL, Antônio do Passo. **Jurisdição sem decisão**. Salvador: Juspodivm, 2023.

CABRAL, Antônio do Passo. **Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo**: introdução ao art. 23 da LINDB. Salvador: Juspodivm, 2021.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, advogados**. São Paulo: Edijur, 2020.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil**: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.

CAPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

CARPES, Artur Thompsen. **A prova do nexó de causalidade na responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CASTAÑON, Gustavo. **Introdução à epistemologia**. São Paulo: EPU, 2007.

CASTRO, Alessandra Belfort Bueno de; CASTRO, Fabrício Fernandes de; CARDOSO, Renato César. Possíveis implicações no direito civil brasileiro da neurociência do livre-arbítrio. In: WOLKART, Erik Navarro; MILAN, Matheus (coord.). **Neurolaw**: direito, neurociência e sistema de justiça. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 167-180.

CASTRO, Cássio Benvenuti de. **Standards de prova na perspectiva da tutela dos direitos**. Londrina: Thoth, 2021.

CECCONELLO, William Weber; ÁVILA, Gustavo Noronha de; STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, v. 8, n. 2, p. 1057-1073, ago. 2018.

CHAVES JUNIOR, Airto; GUASQUE, Bárbara; PÁDUA, Thiago Aguiar. Inteligência Artificial, vieses algorítmicos e racismo: o lado obscuro da justiça algorítmica. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, ano 22, n. 35, jan./jun. 2024.

CHAVINHO, Mateus Bicalho de Melo. **A teoria da aparência e seus reflexos no direito brasileiro**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 2009.

COELHO, Inocêncio Mártires. **A hermenêutica constitucional como teoria do conhecimento do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2020.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CONAR. **Guia de publicidade por influenciadores digitais**. São Paulo: CONAR, 2021. Disponível em: http://conar.org.br/pdf/CONAR_Guia-de-Publicidade-Influenciadores_2021-03-11.pdf. Acesso em: 14 set. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Estatísticas de Poder Judiciário**. Brasília, DF: CNJ, 2024. Disponível em: <https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-estatisticas/>. Acesso em: 15 set. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Portaria 140, de 25 de setembro de 2019**. Brasília, DF: CNJ, 2019. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/portaria/portaria_140_25092019_26092019161702.pdf. Acesso em: 10 set. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**. Brasília, DF: CNJ: Enfam, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero-cnj-24-03-2022.pdf>. Acesso em: 17 set. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 332, de 21 de agosto de 2020**. Brasília, DF: CNJ, 24 ago. 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original191707202008255f4563b35f8e8.pdf>. Acesso em: 21 set. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 484, de 19 de dezembro de 2022**. Brasília, DF: CNJ, 20 dez. 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original2118372022122763ab612da6997.pdf>. Acesso em: 28 set. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Revista CJN**. Brasília, DF: 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ojs/revista-cnj/issue/view/16/16>. Acesso em: 10 set. 2024.

CONTRERAS ROJAS, Cristian. **La valoración de la prueba de interrogatorio**. Madrid: Marcial Pons, 2015.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela**: Sentencia de 5 de agosto de 2008. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. San José, Costa Rica, 2008. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf. Acesso em: 12 out. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina**. Fondo y Reparaciones. Presidenta: Elizabeth Odio Benito, 1 sept. 2020. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_411_esp.pdf. Acesso em: 1º out. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso V.R.P., V.P.C.* y otros vs. Nicaragua**. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. San José, Costa Rica, el 8 de marzo de 2018. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf. Acesso em: 12 out. 2024.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: Juspodivm, 2018.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: De Palma, 1969.

CRETELLA JÚNIOR, J. **Curso de direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CRUZ, Rogério Schietti. Investigação criminal, reconhecimento de pessoas e erros judiciais: considerações em torno da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: GASCÓN ABELLÁN, Marina; MATIDA, Janaina (coord.). **Melhorar a prova**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2024.

DAMASCENO, Fernando. **Direito probatório (stricto sensu)**: da valoração da prova. São Paulo: Tirant lo blanch, 2023.

DAMASKA, Mirjan. Epistemology and legal regulation of proof. **Law, Probability and Risk** 2, New York, v. 2, p. 117-130, 2003.

DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan; AVNAIM-PESSO, Liora. Extraneous factors in judicial decisions. **Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America**, Washington, v. 108, n. 17. p. 6889-6892, 2011.

DAURA, Samir Alves. *Behavioral economics* e direito do consumidor: novas perspectivas para o enfrentamento do superendividamento. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, v. 8, n. 2, p. 568-599, 2018.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Teoría general de la prueba judicial**. 4. ed. Medellín: Dike, 1993. t. 1.

DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **O Conselho Nacional de Justiça e o direito processual**: administração judiciária, boas práticas e competência normativa. Salvador: Juspodivm, 2024.

DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 45, n. 303, p. 45-81, 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2022.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ECO, Humberto. **Os limites da interpretação**. São Paulo: Perspectiva, 2015.

ELSTER, Jon. **Rational choice**. New York: New York University Press, 1986.

EUROPEAN COMMISSION. Directorate-General for Justice and Consumers. **Study on the use of innovative technologies in the justice field**: final report. Brussels: Publications Office, 2020. Disponível em: <https://data.europa.eu/doi/10.2838/585101>. Acesso em: 21 set. 2024.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Piersack v. Belgium (Application no. 8692/79)**: Judgment of 1 October 1982. Strasbourg: European Court of Human Rights, 1982. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22%22PIERSACK%20v.%20BELGIUM%22%22\],%22itemid%22:\[%22001-57557%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22%22PIERSACK%20v.%20BELGIUM%22%22],%22itemid%22:[%22001-57557%22]}). Acesso em: 26 set. 2024.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Fatos notórios e máximas de experiência. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 100, n. 376, p. 3–10, nov./dez. 2004.

FAZANARO, Renato Vaquelli. **Os indícios e a prova indiciária no direito processual**: um estudo necessário. Salvador: Juspodivm, 2022.

FERNANDES, Lara Teles. **Prova testemunhal no processo penal**: uma proposta interdisciplinar de valoração. Florianópolis: Emais, 2023.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo**: uma discussão sobre direito e democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

FERRER-BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prova sem convicção**. Salvador: Juspodivm, 2022.

FERRER-BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Valoração racional da prova**. Salvador: Juspodivm, 2021.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Prova e verdade no direito**. Salvador: Juspodivm, 2024.

FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1975.

FLACH, Daisson. **A verossimilhança no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FONTE, Luís Felipe de Melo. **Jurisdição constitucional e participação popular**: o Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 40, n. 130, p. 223-244, jun. 2013.

FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. **Texas Law Review**, Austin, v. 84, n. 2, p. 257-337, 2005.

FURNO, Carlos. **Teoría de la prueba legal**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1954.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 2007.

GALDINO, Matheus Souza. Breves reflexões sobre as consequências de uma compreensão teleológica dos fatos para a teoria do processo estrutural. In: ARENHART, Sérgio; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 675-725.

GALVÃO, Danyelle. **Precedentes judiciais no processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2022.

GASCÓN ABELÁN, Marina. **O problema de provar**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2022.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Os fatos no direito**: bases argumentativas da prova. Salvador: Juspodivm, 2022.

GICO JR., Ivo T. **Análise econômica do processo civil**. Indaiatuba: Foco, 2020.

GLADWELL, Malcolm. **Blink**: a decisão num piscar de olhos. Rio de Janeiro: Sextante, 2016.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, *confirmation bias* e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 23, n.117, p. 263-286, nov./dez. 2015.

GOLDMAN, Alvin I. **Knowledge in a social world**. New York: Oxford, 1999.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GONÇALVES, Felipe de Oliveira. **Ação declaratória de fatos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa probatória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 7, n. 27, p. 71-79, 1999.

GUEDES, Clarissa Diniz. **Prova em vídeo no processo penal**: aportes epistemológicos. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023.

GUERRA, Marcelo Lima. **Prova judicial**: uma introdução. Fortaleza: Boulesis, 2016.

HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas**. São Paulo: Unesp, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação ensaios filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2004.

HAIDT, Jonathan. A psicologia moral e o direito: como as intuições direcionam o raciocínio, o julgamento e a busca por evidências. In: NOJIRI, Sérgio (org.). **O direito e as suas interfaces com a psicologia e a neurociência**. Curitiba: Appris, 2019. p. 19-36.

HARARI, Yuval Noah. **Nexus**: uma breve história das redes de informação, da Idade da Pedra à inteligência artificial. São Paulo: Companhia das Letras, 2024.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens**: uma breve história da humanidade. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2018.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

HELLINGER, Bert. **Constelações familiares**: o reconhecimento das ordens do amor. São Paulo: Cultrix, 2007.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia**. Coimbra: Almedina, 2018.

HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito**: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. Coimbra: Almedina, 2014.

HEURECA. In: DICIONÁRIO de Língua Portuguesa. Rio de Janeiro, [2024]. Disponível em: <https://servbib.academia.org.br/dlp/verbete.xhtml?entrada=heureca>. Acesso em: 14 set. 2024.

HEURECA. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio**. 7. ed. Curitiba: Positivo, 2008. p. 450.

HIGINO NETO, Vicente. **Ônus da prova**: teorias da redução do módulo de prova e das provas dinâmicas compartilhadas. Curitiba: Juruá, 2020.

HOSSENFELDER, Sabine. **A ciência tem todas as respostas?** São Paulo: Contexto, 2023.

HOUSEL, Morgan. **A psicologia financeira**: lições atemporais sobre fortuna, ganância e felicidade. Rio de Janeiro: Harper Collins, 2023.

HUTCHESON JR., Joseph C. Judgment Intuitive: The Function of the Hunch in Judicial Decision. **Cornell Law Review**, New York, v. 14, p. 274-285, 1929.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Acerca de la motivación de los hechos en el proceso penal. **DOXA**: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 12, p. 257–299, 1992.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **La prueba de los hechos**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2022.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Valoração da prova e sentença penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

IHERING, Rudolph Von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

INNOCENCE PROJECT BRASIL. **Nossos casos**. São Paulo: Innocence Project Brasil, [2024]. Disponível em: <https://www.innocencebrasil.org/nossos-casos>. Acesso em 29 set. 2024

IZQUIERDO, Ivan. **Memória**. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2018.

JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Ciudad de México: FCE, 2000.

JORGE NETO, Nagib de Melo. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. Salvador: Juspodivm, 2017.

KAGUEIAMA, Paula Thieme. **Prova testemunhal no processo penal**: um estudo sobre falsas memórias e mentiras. São Paulo: Almedina, 2021.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass R. **Ruído**: uma falha no julgamento humano. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Bauru: Edipro, 2003.

KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**. Coimbra: Almedina, 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Fabris, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. Belo Horizonte: Letramento, 2016.

KIRCHER, Luís Felipe. **Standards de prova no processo penal**: em busca de um modelo controlável. Salvador: Juspodivm, 2024.

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

LACKEY, Jennifer. **Injustiça testemunhal criminal**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2024.

LAGIER, Daniel González. **Quaestio facti**: ensaios sobre a prova, causalidade e ação. Salvador: Juspodivm, 2022.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LAUDAN, Larry. **Verdad, error y proceso penal**: un ensayo sobre epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013.

LECLERC, André. Intencionalidade, verdade e ficção. In: PEREIRA, Eliomar; BRZOZOWSKI, Jerzy (org.). **Verdade, linguagem e prova**: diálogos entre filosofia e direito. São Paulo: Tirant, 2023.

LEITE, Clarisse Frechiani Lara. Prova documental e prova documentada: uma distinção ilusória. In: BELLOLIO, Flávia Carbonell; OSNA, Gustavo; SARLET, Ingo Wolfgang; REICHELT, Luís Alberto; JOBIM, Marco Félix; PASCHOAL, Thaís Amoroso; DE PAULA RAMOS, Vitor (org.). **Direito probatório**. Londrina: Thoth, 2024. v. 2, p. 63-90.

LEITE, Monique Marchioli; OLIVEIRA, Suane Moreira. As perspectivas neurocientíficas da autocomposição dos conflitos judiciais. In: WOLKART, Erik Navarro; MILAN, Matheus (coord.). **Neurolaw**: direito, neurociência e sistema de justiça. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 77-94.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

LEWANDOWSKI, Andressa. **O direito em última instância**: uma etnografia no Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão. Reflexões sobre a motivação da sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 10, n. 29, 1983.

LIMA, Ricardo Alves de. **Juiz das garantias**: entre a dissonância cognitiva e a presunção de inocência. Londrina: Thoth, 2024.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LOPES, Mariângela Tomé. **Reconhecimento de pessoas e coisas**. São Paulo: Thomson Reuters, 2023.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. **El derecho de los jueces**: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial. 2. ed. Bogotá: Universidad de los Andes, 2006.

LÓPEZ, María Luisa Villamarín. **Neurociência e detecção da verdade e da mentira no processo penal**: o uso do *scanner* cerebral (fMRI) e do *brainfingerprinting* (P300). Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2020.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LUNARDI, Fabrício Castagna. **O STF na política e a política no STF**: poderes, pactos e impactos para a democracia. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. **Ônus da prova e sua dinamização**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **O direito e sua essência**: uma introdução à epistemologia jurídica. Indaiatuba: Foco, 2023.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Campinas: Servanda, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Fatos constitucionais?** A (des)coberta de uma outra realidade do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARMELSTEIN, George. **O direito fora da caixa**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

MARMELSTEIN, George. **Testemunhando a injustiça**: a ciência da prova testemunhal e as das injustiças inconscientes. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2023.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Saraiva, 2018.

MASSENA, Caio Badaró. A prova testemunhal no processo penal brasileiro: uma análise a partir da epistemologia e da psicologia do testemunho. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 156, 2019.

MASSENA, Caio Badaró. Prisão preventiva e *standards* de prova: propostas para o processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 7, n. 3, p. 1631-1668, set./dez. 2021.

MATIDA, Janaina. **Em defesa de um conceito jurídico de presunção**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023.

MATIDA, Janaina; VIEIRA, Antônio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do *standard* de prova “para além de toda a dúvida razoável” no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 156, p. 221-248, jun. 2019.

MATOS, Fernanda Carvalho Góes. **A tutela da aparência de imparcialidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Juspodivm, 2024.

MATOS, José Igreja. **Um modelo de juiz para o processo civil actual**. Coimbra: Coimbra, 2010.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Iura Novit Curia**: a máxima e o mito. Salvador: Juspodivm, 2020.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MITIDIERO, Daniel. O ônus da prova e seus inimigos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 45, n. 306, p. 17-47, ago. 2020.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MITTERMAYER, C. J. A. **Tratado de prova em matéria criminal**. 5. ed. Campinas: Bookseller, 2008.

MLODINOW, Leonard. **Subliminar**: como o inconsciente influencia nossas vidas. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2013.

MONTERO AROCA, Juan. **La prueba en el proceso civil**. Madrid: Civitas, 1996.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MONTORO, André Franco. **Estudos de filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do Direito**. 34. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MORALES, Marien Aguilera. **Unos mismos hechos**: un ensayo sobre las contradicciones fácticas en los procesos. Madrid: Marcial Pons, 2021.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 16, p. 111-125, out./dez. 1978.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. As presunções e a prova. *In*: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 55-71.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 19, n. 75, p. 7-25, jul./set., 1994.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *In*: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Provas atípicas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 19, n. 76, p. 114-126, out./dez. 1994.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. *In*: NOGUEIRA, Adalício *et al.* **Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Orlando Gomes**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MORESO, José Juan. **La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 1998.

MORGADO, Pedro Trigo. **Admissibilidade da prova ilícita em processo civil**. Forte da Casa: Petrony, 2016.

MOSER, Paul K.; MULDER, Dwayne H.; TROUT, J.D. **A teoria do conhecimento**: uma introdução temática. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronaldo Dworkin e a decisão jurídica**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Standard* probatório e jurisprudência dos Tribunais Superiores. In: VÁSQUEZ, Carmen; RAMOS, Vitor de Paula (org.). **Debatendo com Ferrer: standards** de prova e subjetivismo em xeque. Londrina: Thoth, 2024.

NARDELLI, Marcella Mascarenhas. Júri por jurados e o direito a uma cognição adequada. In: MATIDA, Janaina; MOSCATELLI, Livia (coord.). **Os fatos no processo penal**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023. p. 357-376.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MENDES NETO, José Guimarães. **Provas digitais na era digital**: desafios constitucionais e legais para recolha de dados à revelia do portador. São Paulo: Marcial Pons, 2024. p. 214.

NEVES, A. Castanheira. **O Direito hoje em que sentido?**: o problema atual da autonomia do Direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2012.

NEVES, Luiz Gabriel Batista. **Standard de prova e sentença penal**: um diálogo entre prática e teoria. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023.

NEVES, Rosa Vieira. **A livre apreciação da prova e a obrigação de fundamentação da convicção (na decisão final penal)**. Coimbra: Coimbra, 2011.

NIEVA FENOLL, Jordi Nieva. Proceso judicial y neurociencia: una revisión conceptual del derecho procesal. In: TARUFFO, Michele; NIEVA FENOLL, Jordi (dir.). **Neurociencia y proceso judicial**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 169-183.

NIEVA FENOLL, Jordi. **Inteligencia artificial y proceso judicial**. Madrid: Marcial Pons, 2018.

NIEVA FENOLL, Jordi; FERRER-BELTRÁN, Jordi; GIANNINI, Leandro J. **Contra la carga de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2019.

NOJIRI, Sergio. **Emoção e intuição**: como (de fato) se dá o processo de tomada de decisão judicial. Belo Horizonte: Arrais, 2021.

NOVELINO, Marcelo. **A influência de fatores extrajurídicos nas decisões do STF**. Salvador: Juspodivm, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

NUNES, Dierle José Coelho; ANDRADE, Otávio Morato de. Para além dos vieses cognitivos: a influência do ruído na qualidade dos julgamentos. **Revista Themis**, Fortaleza, v. 21, n. 2, p.105-131, jul./dez. 2023.

NUNES, Dierle José Coelho; DELFINO, Lúcio. Novo CPC, o – “Caballo de Troya” *iura novit curia* e o papel do juiz. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 22, n. 87, p. 205-210, jul./set. 2014.

NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais**: um estudo sobre vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e *debiasing*. Salvador: Juspodivm, 2018.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. São Paulo: Saraiva, 2010.

OSORIO, Rafael Guerreiro; FONTOURA, Natália. **SIPS 2014**: Sistema de Indicadores de Percepção Social – Tolerância social à violência contra as mulheres. Brasília, DF: Ipea, abr. 2014. Disponível em: https://portalantigo.ipea.gov.br/agencia/index.php?option=com_content&view=article&id=24437. Acesso em: 16 set. 2024.

PABÓN GIRALDO, Liliana Damaris. De la prueba científica: un problema contemporáneo del derecho probatorio. In: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; SOARES, Carlos Henrique; BUSTAMANTE RÚA, Mónica Maria Bustamante; PABÓN GIRALDO, Liliana Damaris; ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado de (org.). **Direito probatório**: temas atuais. Belo Horizonte: D´Plácido, 2016.

PALAIA, Nelson. **O fato notório e sua jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2024.

PARODI, Lorenzo. **Perícia defensiva em provas digitais no processo penal**: origem, custódia, integralidade e integridade. São Paulo: Thomson Reuter Revista dos Tribunais, 2024.

PAULESU, Pier Paolo. Editorial: an overview on the “crisis” of testimonial evidence as a judicial decision making tool, between ECHR and Italian Criminal Proceeding: protected witness, media interference, principle of immediacy and right to cross-examination. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 8 n. 3, p. 1066-1092, set./dez. 2022.

PEIXOTO, Ravi. **Standards probatórios no direito processual brasileiro**. Salvador: Juspodivm, 2024.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Fato notório e internet**: aspectos conceituais, processuais e probatórios. 2. ed. São Paulo: Juspodivm, 2024.

PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. **Negócios jurídicos processuais sobre presunções**. Salvador: Juspodivm, 2020.

PEREIRA, Rui Soares. **Prova, verdade e processo**. Coimbra: Almedina, 2023.

PERELMAN, Chäim. **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PEYRANO, Jorge W. Nuevos lineamentos de las cargas probatorias dinámicas. *In*: PEYRANO, Jorge W. (dir.). **Cargas probatorias dinámicas**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.

PICÓ I JUNOY, Joan. **O juiz e a prova**: estudo da errônea recepção do brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

PINTER, Rafael. **As perguntas proibidas nos processos civil e penal**: como identificar e controlar as perguntas indutivas e as perguntas capciosas na atividade inquiratória. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

PISANI, Andrea Proto. Verso la residualità del processo a cognizione piena? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 131, p. 239-249, jan. 2006.

POPPER, Karl R. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem evolutiva. Petrópolis: Vozes, 2021.

POPPER, Karl R. **Conjecturas e refutações**. Lisboa: Edições 70, 2018.

POPPER, Karl R. **Em busca de um mundo melhor**. São Paulo: Martins Fontes. 2006.

POPPER, Karl R. **Os dois problemas fundamentais da teoria do conhecimento**. São Paulo: Unesp, 2013.

PORTO, Sérgio Gilberto Melo. **Processo civil contemporâneo**: elementos, ideologias e perspectivas. Salvador: Juspodivm. 2018.

POSNER, Richard. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

PRADO, Gerado. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

RAMOS de Paula, Vitor. Direito fundamental à prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 224, p. 41-61, out. 2013.

RAMOS, Vitor de Paula. Novos debates sobre o “ônus” da prova: acordos e desacordos entre a doutrina sobre o tema. *In*: OSNA, Gustavo; SARLET, Ingo Wolfgang; MATIDA, Janaína Roland; REICHEL, Luís Alberto; JOBIM, Marco Félix; RAMOS, Vítor de Paula (org.). **Direito probatório**. Londrina: Thoth, 2023. p. 240-265.

RAMOS, Vitor de Paula. Presuntivismo e falsa contraposição entre mentira e verdade: duas possíveis causas para seguirmos ignorando o impacto de fatores como a passagem do tempo e as informações pós-evento no processo penal. Três propostas sobre o que fazer. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 8, n. 3, p. 1229-1260, set-dez. 2022.

RAMOS, Vitor de Paula. **Prova documental**: do documento aos documentos, do suporte à informação. Salvador: Juspodivm, 2021.

RAMOS, Vitor de Paula. **Prova testemunhal**: do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

REALE, Miguel. **Estudos de filosofia e ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1978.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

REALE, Miguel. **Teoria geral do direito e do Estado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Darci Guimarães. La prueba digital. In: OSNA, Gustavo; SARLET, Ingo Wolfgang; MATIDA, Janaína Roland; REICHEL, Luís Alberto; JOBIM, Marco Félix; RAMOS, Vitor de Paula (org.). **Direito Probatório**. Londrina: Thoth, 2023.

RODRIGUES, Sandro Bortoluzzi Madeira Lamêgo. **Probatio levior e prova diabólica**. Londrina: Thoth, 2024.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Teoria dos jogos e processo penal**: a short introduction. 4. ed. Florianópolis: Emais, 2020.

ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. Buenos Aires: EJE, 1956.

ROSITO, Francisco. **Direito probatório**: as máximas de experiência em juízo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

RUÇO, Alberto Augusto Vicente. **Prova e formação da convicção do juiz**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

SABBAG NETO, Tomé. **Juízes criam normas?** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. E-book.

SALGADO, Daniel de Resende. **A metaprova no processo penal**: seu perfil conceitual e funcional e o controle racional da fiabilidade da prova. Salvador: Juspodivm, 2023.

SAMPAIO, Denis. **Valoração da prova penal**: o problema do livre convencimento e a necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório. Florianópolis: Emais, 2022.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. São Paulo: Max Limonad, 1949. v. 5.

SCHATER, Daniel L. **Os setes pecados da memória**: como a mente esquece e lembra. Rocco: Rio de Janeiro, 2003.

SCHAUER, Frederick. **A prova**: usos da prova no direito, na política e em todo o resto. Salvador: Juspodivm, 2024.

SCHAUER, Frederick. **As regras do jogo**: uma análise filosófica do processo de tomada de decisão baseada em regras no direito e na vida. Londrina: Thoth, 2024.

SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. **The Supreme Court and the attitudinal model revisited**. New York: Cambridge University Press, 2002.

SEÑA, Jorge F. Malem. Podem as “más pessoas” ser bons juízes? **Julgar**, Coimbra, n. 2, p. 31-54, 2007.

SHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 11, p. 30-50, set./dez. 2012.

SILVA, Viviani Ghizoni; SILVA, Philipe Benoni Melo e; ROSA, Alexandre Moraes da. **Fishing expedition e encontro fortuito na busca e apreensão**: um dilema oculto do processo penal. Florianópolis: Emais, 2022.

SÓTER, Gil. “Jogo do Tigrinho”: entenda a operação que prendeu influenciadores digitais no Pará. **G1**, Belém, 19 dez. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2023/12/19/jogo-do-tigrinho-entenda-a-operacao-que-prendeu-influenciadores-digitais-no-para.ghtml>. Acesso em: 14 set. 2024.

SOUSA, Luís Felipe Pires de. **Prova por presunção no direito civil**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

SOUSA, Luís Felipe Pires de. **Prova testemunhal**. Coimbra: Almedina, 2017.

SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos**: principais decisões. 4. ed. Barueri: Atlas, 2021.

STEIN, Friedrich. **El conocimiento privado del juez**. 2. ed. Bogotá: Temis, 1988.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. *Lost in translation: o hearsay segundo o Superior Tribunal de Justiça*. **Professor Douglas Fischer – PDF**, [s. l.], 21 abr. 2024. Disponível em: <https://temasjuridicospdf.com/lost-in-translation-o-hearsay-segundo-o-superior-tribunal-de-justica/>. Acesso em: 28 ago. 2024.

SUXBERGER, Rejane Zenir Jungbluth. Nem solução nem decisão: heurísticas e vieses cognitivos. **Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará**, Fortaleza, ano 14, n. 1, p. 259-277, jan./jul. 2022.

TARSKI, Alfred. **A concepção semântica da verdade**. São Paulo: Unesp, 2007.

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madrid: Trotta, 2002.

TARUFFO, Michele. Narrativas processuais. **Julgar**, Coimbra, n. 13, p. 111-153, 2011.

TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 171-203, jul./dez. 2001.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2016.

TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

THAMAY, Renan; TAMER, Mauricio. **Provas no direito digital: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

TIBURCIO, Antonio Augusto. **Interpretação das decisões judiciais: particularidades, critérios e instrumentos**. Salvador: Juspodivm, 2018.

TOMÁS, Aline Vieira. Resultados alcançados pelo projeto Adoce: acordos após ingestão de glicose observados em conciliações judiciais (processuais) e extrajudiciais (pré-processuais). **Revista Eletrônica CNJ**, Brasília, DF, v. 4, n. 2, p. 212-232, 2020. p. 214. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ojs/revista-cnj/issue/view/6/6>. Acesso em: 10 set. 2024.

TOSCANO JR., Rosivaldo. **O cérebro que julga: neurociência para juristas**. Florianópolis: Emais, 2023.

TOVAR, Leonardo Zehuri. **Teoria do direito e decisão judicial: elementos para a compreensão de uma resposta adequada**. Salvador: Juspodivm, 2018.

TRIGUEIRO, Victor Guedes. **O jogo da pauta no Supremo Tribunal Federal**: decidindo não decidir a inconstitucionalidade da prisão em segunda instância. Londrina: Thoth, 2023.

TRINDADE, Cláudia Sofia Alves. **A prova de estados subjetivos no processo civil**: presunções judiciais e regras de experiência. Coimbra: Almedina, 2016.

TRIVISSONO, Alexandre Travessoni Gomes. **Elementos fundamentais de uma teoria da discricionariedade no direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2024.

TUZER, Giovanni. **As razões da prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2024.

TWINING, William. De nuevo, los hechos en serio. **DOXA**: Cuadernos de Filosofía de del Derecho, Alicante, n. 32, p. 317-340, 2009.

VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2015. Disponível em https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18043/3/2015_AndreRufinodoVale.pdf. Acesso em: 12 set. 2024.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Cadeia de custódia da prova**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2020.

VÁZQUEZ, Carmen. **Prova pericial**: da prova científica à prova pericial. Salvador: Juspodivm, 2021.

VECCHI, Diego Dei; CUMIZ, Juan. **Estándares de suficiencia probatoria y ponderación a partir de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional**. Madri: Marcial Pons, 2019.

VIDAL, Felipe. CHATGPT o1-mini: IA racional já pode ser testada gratuitamente. **TecMundo**, Curitiba, 18 set. 2024. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/software/289696-chatgpt-o1-mini-ia-racional-testada-gratuitamente.htm>. Acesso em: 21 set. 2024

VIEIRA, Renato Stanziola. **Controle da prova penal**: obtenção e admissibilidade. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

VIEIRA, Victor Fabiano Pedrosa da Silva. **Probática**: a ciência da representação dos fatos no processo. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023.

VILAJOSANA, Josep M. **Identificación y justificación del derecho**. Madrid: Marcial Pons: 2007.

VOGT, Fernanda Costa. **Cognição do juiz no processo civil**: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos. Salvador: Juspodivm, 2020.

WALTER, Gerhard. **Libre apreciación de la prueba**. Bogotá: Temis, 1985.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. **Busca pessoal**: abordagem e revista policial no Estado de Direito. São Paulo: Thomson Reuters, 2024.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2020.

WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. **Vieses da justiça**: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. 2. ed. Florianópolis: Emais, 2021.

WOLKART, Erik Navarro. A Neurociência da moralidade na tomada de decisões jurídicas complexas e no desenho de políticas públicas. *In*: WOLKART, Erik Navarro; MILAN, Matheus (coord.). **Neurolaw**: direito, neurociência e sistema de justiça. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 13-60.

WOLKART, Erik Navarro. **Inteligência artificial e sistemas de justiça**: proposta de um *framework* regulatório para o desenvolvimento ético e eficiente. São Paulo: Thomson Reuters, 2022.