

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio Supremo Tribunal Federal
Registro nº 25/99, de 22/04/1999
DJU nº 72, de 16/04/1999, p.1

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio Superior Tribunal de Justiça
Registro nº 37 – Portaria nº 1, de 26/10/1998
DJU de 05/11/1998, p.137 - Registro retificado
Portaria nº 9, de 14/06/1999 – DJ 22/06/1999



Codigo
Philippino
1763

A admissibilidade e a racionalidade da prova: algumas notas a partir de um contexto subjetivista do direito probatório brasileiro

Robson Renault Godinho*

Sumário

1. Introdução. 2. A necessidade de um conjunto probatório tendencialmente completo e o problema da exclusão da prova ilícita. 3. A racionalidade como elemento lógico para a admissibilidade da prova. 4. Valoração da prova, fundamentação e racionalidade. 4.1. Estândares probatórios. 4.2. Valoração da prova pericial. 5. Encerramento. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Se registros históricos mais remotos já indicam que a racionalidade é ignorada constantemente, tempos recentes ilustram enfaticamente que a irracionalidade está presente com surpreendente força e em variados campos.¹ Na área probatória, a compreensão sobre o conceito de racionalidade ou de racionalismo apresenta controvérsias filosóficas, mas em linhas gerais certamente se contrapõe a decisões a partir de conjunto de crenças subjetivas, ou seja, busca conferir objetividade à conformação da prova.

O caminho da visão racionalista da prova é longo,² está longe de ser infenso a controvérsias, como de resto toda linha doutrinária sobre qualquer assunto, mas inegavelmente traz discussões fundamentais para que se levem a sério os fatos no processo e o raciocínio probatório, permitindo um controle intersubjetivo do que é produzido e decidido no processo.

* Doutor e Mestre em Direito Processual Civil (PUC/SP). Mestre em Raciocínio Probatório pela *Universitat de Girona*. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

¹ Sobre a racionalidade sob uma perspectiva histórica e com desconcertante otimismo sobre o futuro: VIETTA, Sílvio. *Racionalidade: uma história universal*. Nélio Schneider (Trad.). Campinas: UNICAMP, 2015. PINKER, Steven. *O Novo Iluminismo: em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Motta, Soares (Trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 2018. Já para uma visão pessimista, bastaria acompanhar o noticiário, mas o próprio Pinker aponta bibliografia, em sua impressionante pesquisa. Sobre o racionalismo na ciência, com análise do pensamento de importante filósofo para o direito probatório e também com indicação bibliográfica geral: DIAS, Elizabeth de Assis. A concepção de racionalidade científica no pensamento de Susan Haack. *Perspectiva Filosófica – Revista do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da UFPE*, vol. 49, n. 2, 2022 (<https://periodicos.ufpe.br/revistas/perspectivafilosofica/index>).

² Cf. ACCATINO, Daniela. Teoría de la prueba: ¿somos todos “racionalistas” ahora? *Revus*, v. 5, n. 39, p. 85-109, 2019 (<https://journals.openedition.org/revus/5559>). TWINING, William. La tradición racionalista en el estudio de la doctrina probatoria. *Repensar el Derecho Probatorio: ensayos exploratorios*. Paul William Cifuentes (Trad.). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2022. FERRER BELTRÁN. *Valoração Racional da Prova*. Vitor de Paula Ramos (Trad.). Salvador: JusPodivm, 2021.

Diante de concepção persuasiva da prova – que conta com muitos adeptos teóricos e, ainda que inconscientemente, prevalece na jurisprudência brasileira³ –, a visão racionalista⁴ da prova, na síntese de Ferrer Beltrán, apresenta como notas essenciais (a) a valoração da prova a partir do método de corroboração e refutação de hipóteses; (b) opção por uma imediação limitada do princípio da imediação;⁵ (c) forte exigência de motivação sobre os fatos e (d) defesa de sistema de recursos que possibilite amplo controle da decisão.⁶

A essência dessa concepção é retirar a convicção subjetiva do julgador como componente do raciocínio probatório.⁷

O propósito deste texto, portanto, é registrar a necessidade de o raciocínio probatório seguir a concepção racionalista, superando um contexto de ampla subjetividade, ou seja, insistir no racionalismo em um ambiente que lhe é hostil.

³ No texto citado na terceira nota, Accatino defende que na doutrina latino-americana a concepção racionalista da prova entrou em debate apenas neste século.

⁴ Pela importância dos estudos de Marina Gascón Abellán, cumpre assinalar que também pode ser denominada de visão ou concepção cognitivista: “A concepção da prova que adotarei pode ser chamada, sem grande esforço, de *cognitivista*, a qual entende que a prova é uma atividade destinada a conhecer ou averiguar a verdade sobre fatos controvertidos ou litigiosos, sendo um *instrumento de conhecimento*, um conhecimento que é frágil e cujos resultados são meramente prováveis. De forma concisa, essa concepção entende que a prova é baseada no saber e não no poder, sendo aquele sempre imperfeito e relativo. O cognitivismo se opõe à concepção *persuasiva* da prova, esta que defende que a finalidade probatória é apenas persuadir o julgador com o objetivo de obter uma resolução favorável. Não se pode sequer contestar se a convicção do juiz está certa ou errada: simplesmente o julgador está persuadido. Essa forma de entender a prova é compatível com (e, mais ainda, implica) uma concepção irracional da decisão sobre os fatos (ou da valoração da prova, que é seu núcleo essencial), sendo difícil ou mesmo impossível a exteriorização e o controle. Por um lado, ‘porque a persuasão de um sujeito sobre algo é um estado psicológico e nada mais’; por outro, porque a persuasão pode fundar-se em qualquer coisa que tenha influenciado a formação desse estado psicológico e não necessariamente na produção de provas. Ao contrário, para o *cognitivismo*, a valoração da prova é concebida como uma atividade *racional*, consistente em verificar a verdade dos enunciados à luz das provas disponíveis e, portanto, suscetível de exteriorização e controle” (Prova e argumentação (I). Decidir sobre os fatos. *O Problema de Provar*. Livia Moscatelli (Trad.). São Paulo: Marcial Pons, 2022, p. 17/19).

⁵ Especificamente sobre esse ponto, FERRER BELTRÁN, Jordi. El control de la valoración de la prueba en segunda instancia: intermediación e inferencias probatorias. *Revus: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, vol. 33, 1-22, 2017. p. 3.

⁶ FERRER BELTRÁN. *Valoração Racional da Prova*. Vitor de Paula Ramos (Trad.). Salvador: JusPodivm, 2021, p. 96. Do mesmo autor, reforçando a ideia racionalista, mas enfatizando a necessidade de padrões probatórios para o controle objetivo e intersubjetivo da decisão, refinando as ideias expostas no livro antes citado, é fundamental a leitura de *Prova sem Convicção*, também publicado em tradução de Vitor de Paula Ramos pela editora JusPodivm, cuja 2ª edição foi publicada em 2023.

⁷ A depender da visão sobre o raciocínio probatório, “convicção subjetiva” pode ser vista como uma tautologia, mas preferimos essa expressão para deixar bem clara a ideia em um contexto em que prevalece a concepção persuasiva da prova, cuja proeminência doutrinária vem sendo fortalecida até mesmo com a estranha empolgação com algumas ideias sobre direito e economia e também psicologia, além das novas tecnologias e a aplicação jurídica. O que importa neste texto, porém, é marcar definitivamente essa ideia do racionalismo probatório e sobre o tema é incontornável o livro de Ferrer Beltrán: *Prueba sin Convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Barcelona: Marcial Pons, 2021.

2. A necessidade de um conjunto probatório tendencialmente completo e o problema da exclusão da prova ilícita

Uma das características da concepção racionalista da prova é a relação entre a prova e a verdade⁸ e, nesse sentido, o primeiro ponto que se pode explorar da irracionalidade do sistema sobre determinado meio de prova é sua ilicitude. A assunção do objetivo da averiguação da verdade dos fatos como fim institucional da prova no processo tem um corolário claro: quanto mais rico o conjunto de elementos probatórios para a tomada de decisão, maior a possibilidade de acerto. Se isso é assim, do ponto de vista epistemológico temos que desenhar o procedimento de tal forma que se maximizem as possibilidades de que ingressem no processo todas e somente as provas relevantes, assim como se possa extrair das provas as informações sobre os fatos e também sua própria confiabilidade.⁹

A maior ou menor limitação à atividade probatória no processo depende do direito positivo, sendo frequente e bastante comum a existência de balizamentos vários que integram o direito à prova, que, como qualquer direito, não é absoluto. Toda inadmissibilidade de meio de prova é, porém, antiepistêmico,¹⁰ na medida em que se cria déficit de conhecimento, o que exige que as limitações probatórias sejam excepcionais. Entre os vários critérios utilizados para se limitar a prova, temos questões procedimentais, aspectos temporais, entre outros, mas especialmente existem regras de exclusão relacionadas à juridicidade da obtenção da prova ou de seu conteúdo,¹¹ rechaçando-se o que for considerado ilícito por um ordenamento jurídico específico (cf. art. 5º LVI, CR), ou seja, que violar uma norma jurídica (nesse sentido, é ao menos supérflua a distinção comumente encontrada entre prova ilícita e prova ilegítima),¹² havendo ainda a ilicitude por derivação (art. 157, §§ 1º, 2º, 3º e 5º, CPP).

⁸ Para Accatino, duas teses sintetizam o racionalismo probatório: “a) *la tesis de la búsqueda de la verdad como fin preferente de la prueba jurídica, que reconoce a la averiguación de la verdad respecto de los hechos del caso prioridad como fin de la actividad probatoria y de la regulación jurídica de la prueba, y b) la tesis, derivada de la anterior, de la justificación probatoria como caso especial de la justificación epistémica general, que afirma la debida aplicación a la valoración de la prueba de los criterios de la racionalidad epistémica general, mediante la construcción de inferencias inductivas basadas en generalizaciones empíricas que permiten justificar conclusiones de carácter probabilístico. Se trata de dos tesis normativas, que identifican las bases de un derecho y un razonamiento probatorio racionales en tanto instrumentalmente funcionales a la averiguación de la verdad y la minimización del riesgo de error*” (ACCATINO, Daniela. Teoría de la prueba: ¿somos todos “racionalistas” ahora? *Revus*, v. 5, n. 39, p. 85-109, 2019), ressaltando que permanecem controvérsias sobre o alcance e a dimensão dessas teses e de outras questões filosóficas entre os próprios racionalistas.

⁹ FERRER BELTRÁN. *Prueba sin Convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Barcelona: Marcial Pons, 2021, p. 18, 22 e 66.

¹⁰ “Nenhum processo é apenas um instrumento epistêmico. Por mais que a descoberta da verdade seja relevante, como condição necessária para a justiça da decisão, a verdade não é um valor que deve ser perseguido a qualquer custo ou a qualquer preço.” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. São Paulo: RT, 2019, p. 154)

¹¹ Ao mesmo tempo rigor com cadeia de custódia: AgRg no RHC n. 143.169/RJ, Quinta Turma, julgado em 7/2/2023, DJe de 2/3/2023, mas não como critério inerente à formação da prova, mas como requisito legal com eficácia temporal a partir da vigência da regra e, portanto, apenas no processo penal: AgRg no HC n. 739.866/RJ, Quinta Turma, julgado em 4/10/2022, DJe de 10/10/2022.

¹² Em sentido contrário, embora reconhecendo haver mínimas diferenças entre ambas as categorias: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. São Paulo: RT, 2019, p. 167/171.

Sabe-se, também, que a ilicitude de determinada prova pode significar grave déficit epistemológico¹³ em processo específico, subtraindo a possibilidade de acesso a fatos essenciais.¹⁴ Pode haver inclusive situações em que apenas a prova inicialmente ilícita pode efetivamente resolver o conflito submetido a julgamento. Em crimes sexuais, por exemplo, uma gravação ambiental pode ser a prova mais eloquente para se conhecer os fatos; ou a violação de mensagens veiculadas por meio de aplicativos próprios;¹⁵ ou ainda a obtenção sub-reptícia de material genético de terceiro; enfim, os exemplos podem se multiplicar.

É possível, portanto, que em determinado processo seja imprescindível a análise de determinada prova ilícita para que se configure o quadro fático mais próximo da verdade.

Na jurisprudência comumente encontramos com mais frequência o problema de uma prova ilícita ser imprescindível em determinado processo penal, configurando, assim, um quadro que pode ser denominado de estado de necessidade¹⁶ probatório.

¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. São Paulo: RT, 2019, p. 166.

¹⁴ “De todo modo, o fato de a exclusão da prova ilícita estar vigente em todos os estados constitucionais não pode ocultar a permanente tensão que existe entre os dois interesses em jogo: o interesse da sociedade em averiguar a verdade e punir o crime e o interesse dos indivíduos de que seus direitos sejam respeitados em todos os casos. Ao excluirmos provas obtidas ilicitamente, é certo que estamos outorgando uma proteção contundente aos direitos violados. Porém, ao efetivar tal exclusão, estamos nos privando de usar informações ou dados que poderiam conduzir ao esclarecimento da verdade. Relembrar essa obviedade não parece banal, já que ela é o que explica o fato de a exclusão de provas ilícitas ser permanentemente objetada ou contestada, especialmente quando há a sensação (fundada ou induzida) do grave aumento da criminalidade. Isso é mais ou menos o que acontece. Durante décadas, assistimos a um processo de constante articulação de exceções à regra de exclusão probatória, com as quais se pretende amenizar os efeitos supostamente distorcidos de sua rígida aplicação. Um processo de enfraquecimento progressivo que se traduz em um retrocesso em direção à *liberdade de prova*. Naturalmente, isso facilita a descoberta da verdade, mas à custa de rebaixar a garantia dos direitos em um contexto (da busca de provas) em que eles são particularmente vulneráveis”. GASCÓN ABELLÁN, Marina. Além da verdade: defesa dos direitos quando se buscam provas. *O Problema de Provar*. Livia Moscatelli (Trad.). São Paulo: Marcial Pons, 2022, p. 126/127. A autora afirma que a exclusão da prova ilícita “está vigente em todos os estados constitucionais” e, mesmo que efetivamente seja essa uma regra geral, há que se ter em mente que se trata de uma questão de política legislativa que não integra o conceito de prova ilícito, mas, sim, de uma consequência diante da ilicitude, o que significa que, em tese, podem ser pensadas outras soluções normativas. E o fundamental problema das exceções à ilicitude da prova e seu aproveitamento está precisamente na possibilidade de exceções casuísticas, como a própria autora, após exame de várias situações, deixa claro: “Nem todas as ilicitudes probatórias são igualmente graves, nem simplesmente merecem a mesma sanção. Por isso, concordo com Ruiz Miguel no sentido de que o que é necessário é determinar ‘qual é a fronteira ante a qual a busca da verdade deve ceder’; combinar ‘um núcleo amplo e robusto de casos e uma periferia de exceções bem justificadas e delimitadas’. Em outras palavras, o que se deve fazer é *delimitar claramente o perímetro das exceções* à regra, ao invés de deixar essa tarefa para a apreciação inevitavelmente subjetiva dos juizes que ponderam em cada caso, possivelmente influenciados pelo ‘ambiente social’” (p. 153/154, itálico no original). Sobre as regras de exclusão que também são estudadas pela autora, há exemplos bem interessantes, sobretudo o denominado Caso Falciani, que também pode ser examinado, com outras questões, neste livro: LÓPEZ-CABELLO, Fernando Alday. *La Exclusión de la Prueba Ilícita en España y México*. Barcelona: Atelier, 2020. Para uma discussão sobre a exclusão ou não da prova ilícita: MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El Concepto de Prueba Ilícita y su Tratamiento en el Proceso Penal*. 2ª ed. Cidade do México, IBIJUS, 2018, capítulo II.

¹⁵ O Superior Tribunal de Justiça vem considerando reiteradamente ilícitas tais provas quando obtidas sem autorização judicial prévia: HC nº 422.299/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 24/04/2018, DJe 02/05/2018; HC nº 542.293/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 17/12/2019, por exemplo.

¹⁶ Registre-se antigo julgado do Supremo Tribunal Federal que tratou o caso como legítima defesa: HC nº 74678, Relator: Min. Moreira Alves, Primeira Turma, julgado em 10/06/1997, DJ 15-08-1997, PP-37036, Ement, Vol-01878-02, p-00232). Confira-se, ainda, ROQUE, Andre Vasconcelos. As provas ilícitas no novo Código de

Nesse contexto de penúria instrutória, a discussão está em saber se a ilicitude da prova estaria excluída, coonestando a utilização da prova; se estiver, há que se definir se apenas para beneficiar o réu ou também se pode ser utilizado para a condenação. A doutrina e a jurisprudência apontam para a ponderação, ou aplicação do princípio ou postulado da proporcionalidade, para resolução desse conflito entre o direito à prova e a vedação da utilização da prova ilícita.

Há, porém, forte divergência no debate quando se pretende utilizar a prova originalmente ilícita em desfavor do réu, enquanto não há maiores turbulências quando seu uso se dá em favor da liberdade individual,¹⁷ prevalecendo a ideia de que somente em favor da liberdade pode-se relativizar a ilicitude de uma prova no processo penal.¹⁸ Não há, porém, manifestação peremptória da jurisprudência nesse sentido,¹⁹⁻²⁰

processo Civil e o estado de necessidade processual. *Provas*. Macedo, Peixoto, Freire (Coord.). 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. Há que se considerar, porém, que não basta admissão de determinado meio de prova para que se preencha a exigência racionalista do conjunto probatório pleno, mas também que se permita uma adequada produção e compreensão da prova. No caso de “estado de necessidade probatório”, por exemplo, o que comumente se dá em interceptações de mensagens, confira-se: RAMOS, Vitor P. Da Necessidade de Corroboração Probatória para a Reconstrução de Sentidos em Diálogos obtidos por Interceptações Telefônicas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 7, n. 1, p. 537-566, jan./abr. 2021.

¹⁷ Cf. A discussão sobre a utilização da proporcionalidade como critério para admissão da prova ilícita no processo penal em ÁVILA, Thiago Pierobom. *Provas ilícitas e proporcionalidade. Altos Estudos sobre a Prova no Processo Penal*. Salgado, Kircher, Queiroz (Coord.). Salvador: JusPodivm, 2020, p. 611/645. Consta em recente ementa de acórdão do Supremo Tribunal Federal que há “necessidade de consolidação de uma jurisprudência brasileira em favor das pessoas investigadas”, constando expressamente no voto do Relator que, “na verdade, o uso de eventual prova ilícita em favor do réu constitui a única exceção à regra estabelecida no art. 5º, LVI, da CF/88 (são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos)” (Rcl 33711, Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/06/2019, DJe-184, Public 23-08-2019).

¹⁸ Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. São Paulo: RT, 2019, p. 177, ainda que não seja peremptório no ponto. Na jurisprudência, parece ser essa a tendência atual nos Tribunais Superiores: STF - HC nº 103325, Segunda Turma, julgado em 03/04/2012, DJe-213, PUBLIC 30-10-2014; STF - Rcl nº 43007, Segunda Turma, julgado em 21/02/2022, PUBLIC 24-03-2022; STF - HC nº 164493, Segunda Turma, julgado em 23/03/2021, PUBLIC 04-06-2021; STJ - REsp nº 1695349/RS, Sexta Turma, julgado em 08/10/2019, DJe 14/10/2019.

¹⁹ Encontram-se julgados em que se reconhece a litude da gravação ambiental por um dos interlocutores, não se tratando, portanto, de aproveitamento de prova ilícita, ao menos a partir da caracterização do tema pelos Tribunais: “[...] 2. A teor do disposto no artigo 157 do Código Penal são inadmissíveis as provas ilícitas, assim consideradas as que violam direito material do réu, devendo ser desentranhadas do processo, de modo a conferir efetividade ao princípio do devido processo legal e a tutelar os direitos constitucionais de qualquer acusado no processo penal. 3. No caso concreto, a genitora da vítima solicitou auxílio técnico a terceiro para a gravação de conversas realizadas através de terminal telefônico de sua residência, na qualidade de representante civil do menor impúbere e investida no poder-dever de proteção e vigilância do filho, não havendo ilicitude na gravação. Dada a absoluta incapacidade da vítima para os atos da vida civil – e ante a notícia de que estava sendo vítima de crime de natureza hedionda – a iniciativa da genitora de registrar conversa feita pelo filho com o autor da conjecturada prática criminosa se assemelha à gravação de conversa telefônica feita com a autorização de um dos interlocutores, sem ciência do outro, quando há cometimento de delito por este último, hipótese já reconhecida como válida pelo Supremo Tribunal Federal” (REsp n. 1026605/ES, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 13/05/2014, DJe 13/06/2014; ainda: RHC n. 127.477/PB, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 10/8/2021, DJe de 16/8/2021; registre-se, contudo, que o STJ modificou entendimento anterior e agora passou a exigir prova minuciosa de consentimento para ingresso em domicílio e obtenção de provas, o que afeta inclusive gravações encontradas: (HC n. 616.584/RS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 30/3/2021, DJe de 6/4/2021). Sobre o tema: MARTINS, C.; ÁVILA, T. P. de. A gravação ambiental feita pela vítima de crime: análise da continuidade de sua litude após a Lei n. 13.964/2019. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2022, 8(2). Disponível em: revista.ibraspp.com.br/RBDPPP/index.

²⁰ Não deixa de ser digno de nota a incrível indefinição do tema por parte da jurisprudência dos Tribunais Superiores, especialmente do Supremo Tribunal Federal, apenas com sinais ambíguos sobre eventuais

mas apenas uma tendência extraída a partir dos vários julgados existentes,²¹ além de a doutrina processual penal igualmente se mostrar favorável majoritariamente apenas no aproveitamento da prova ilícita em favor do réu, considerando-se a presunção de inocência e a proeminência da liberdade individual. Dificilmente há sustentação para afirmações absolutas nesse tema, mesmo em relação à defesa do réu, já que o uso da tortura é um limitador que se sobrepõe, por exemplo, mas é forte o discurso no sentido de que a liberdade individual deve prevalecer sobre o poder punitivo estatal, especialmente em tempos de perigosas relativização de direitos fundamentais, que a ideia de proteção social pode servir de pretexto para uma sobreposição estatal indevida, com o discurso da segurança pública a serviço da arbitrariedade.²² Não há dúvidas, portanto, de que se trata de tema sensível e mal resolvido pela jurisprudência, que raramente o enfrenta frontal e explicitamente, sem subterfúgios argumentativos. Inexistem padrões decisórios sobre tema tão sensível. E é precisamente essa postura claudicante e por vezes casuística que merecerá um pouco mais de desenvolvimento neste texto, não sendo nosso propósito examinar de modo exaustivo a questão do aproveitamento da prova ilícita, que apenas serve como exemplo de uma jurisprudência subjetivista sobre a prova.

tendências, a depender do momento histórico e da composição das Cortes, fazendo com que, na prática, haja contorcionismos conceituais e hermenêuticos caso a caso, ora esticando a denominada teoria dos frutos da árvore envenenada, ora se decidindo que determinada situação é lícita, mas em outro caso não é etc. Em um sistema no qual os Tribunais caminham para a concentração, abstração e a vinculatividade dos temas decididos, é de causar espécie a insistência em fórmulas linguísticas como “necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos” para adiar uma definição mais precisa sobre a matéria de inegável relevância, evidente sede constitucional e suficiente abstração para definição de teses, trazendo a propalada segurança jurídica na aplicação do direito, sem o risco de, anos após atos praticados, surgirem nulidades de algibeiras.

²¹ Renato Brasileiro de Lima entende ter havido sinalização do Supremo Tribunal Federal no sentido da possibilidade da aplicação do princípio da proporcionalidade na utilização da prova ilícita em desfavor do réu (*Manual de Processo Penal*. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 666/667). Trata-se do seguinte excerto de ementa: “Objecção de princípio – em relação à qual houve reserva de Ministros do Tribunal – à tese aventada de que à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes: é que, aí, foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou – em prejuízo, se necessário da eficácia da persecução criminal – pelos valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita: de qualquer sorte – salvo em casos extremos de necessidade inadiável e incontornável – a ponderação de quaisquer interesses constitucionais oponíveis à inviolabilidade do domicílio não compete *a posteriori* ao juiz do processo em que se pretenda introduzir ou valorizar a prova obtida na invasão ilícita, mas sim àquele a quem incumbe autorizar previamente a diligência” (HC nº 79512, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/1999, DJ 16-05-2003 pp-00108, ement, vol-02110-02 pp-00308). Entretanto, não se pode considerar estável entendimento do Tribunal proferido dentro de um mesmo ano, de modo que o julgado de quase vinte anos não pode ser considerado como vestígio do atual entendimento.

²² Cf. ARMENTA DEU, Teresa. *A Prova Ilícita*: um estudo comparado. Nereu José Giacomolli (Trad.). São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 64/67. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *Prueba Ilícita y Regla de Exclusión en el Sistema Estadounidense*: crónica de una muerte anunciada. Barcelona: Marcial Pons, 2019. POUCHAIN RIBEIRO, Pedro Melo. *La Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita*: un estudio comparado desde su origen em EEUU. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

3. A racionalidade como elemento lógico para a admissibilidade da prova

O procedimento probatório possui fases, etapas ou momentos que podem ser discriminados na proposição, na admissão, na produção e na apreciação ou valoração da prova. A fase de proposição antecede as demais e, em regra, basta o requerimento oportuno, mas como se pretende a admissão do que é proposto, cabe ao interessado demonstrar a relevância da prova e organizar sua postulação de modo a revelar que não abusará do seu direito à prova.

Já a fase de admissibilidade é mais complexa e deve partir da premissa do objetivo da averiguação da verdade dos fatos como fim institucional da prova no processo,²³ com um corolário claro: quanto mais rico o conjunto de elementos probatórios para a tomada de decisão, maior a possibilidade de acerto. Se isso é assim, do ponto de vista epistemológico o procedimento deve ser desenhado de tal forma que se maximizem as possibilidades de que ingressem no processo todas e somente as provas relevantes, assim como se possa extrair das provas as informações sobre os fatos e também sua própria confiabilidade.²⁴ Essa premissa e a abertura da redação das regras processuais indicam para a admissibilidade genérica das provas das partes, mas não é qualquer aporte de meios de prova que satisfaz os critérios epistemológico, racional e lógico da admissibilidade probatória.²⁵

Embora o processo possua sua dimensão epistemológica e necessite do aporte de meios de prova, não se trata de um ato ecumênico de que possam participar todos os instrumentos que as partes repute relevantes.

Há filtros para a admissibilidade de provas,²⁶ não se podendo confundir os planos de admissão com valoração e muito menos liberdade probatória com abolicionismo do regramento probatório.²⁷ Como todo direito, o exercício do direito à prova é regrado.

Com efeito, a liberdade probatória deve significar a admissão de provas que aumentem a qualidade das informações e possibilitem uma decisão justa e de acordo com o devido processo legal. Precisamente por essa razão é que o art. 17, § 10-F, II, inserido na Lei de Improbidade é caricatural se lido sem as devidas ressalvas, já que em nenhuma hipótese a mera especificação de meios de prova gera a obrigatoriedade de sua produção. Evidentemente há a outra face do problema e a admissibilidade da

²³ A verdade é um fim institucional, mas obviamente não é o único, já que o processo não possui apenas critérios epistemológicos (cf. FERRER BELTRÁN. *Valoração Racional da Prova*. Vitor de Paula Ramos (Trad.). Salvador: JusPodivm, 2021, p. 114/126).

²⁴ FERRER BELTRÁN. *Valoração Racional da Prova*. Vitor de Paula Ramos (Trad.). Salvador: JusPodivm, 2021, p. 101.

²⁵ Cf. ALCOCEBA GIL, Juan Manuel. Los estándares de científicidad como criterio de admisibilidad de la prueba científica. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 215-242, jan./abr. 2018, disponível em: revista.ibraspp.com.br/RBDPP/index.

²⁶ A admissibilidade da prova foi objeto de recente monografia sob a perspectiva da racionalidade da prova: CARPES, Artur. *O Que Provar? Admissibilidade e eficiência no processo civil*. São Paulo: RT, 2023.

²⁷ FERRER BELTRÁN. La prueba es libertad pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi benthamiana. *Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica*. Carmen Vázquez (Ed.). Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 21/39.

prova não pode ser um filtro que impeça as partes de comprovar os fatos relevantes, não podendo haver indeferimento sem a específica fundamentação baseada na impertinência, irrelevância,²⁸ inutilidade ou ilicitude da prova.

Em tese, a admissibilidade da prova no processo deve ser inspirada pelo “princípio da inclusão”, o que significa que deve ser admitida qualquer prova que tenha informação relevante sobre os fatos submetidos a julgamento. Entretanto, por questões de política legislativa são impostos filtros de admissibilidade por meio de regras de exclusão, de modo que somente são admitidas as provas relevantes que não devam ser excluídas pela aplicação de filtros jurídicos.²⁹

Não basta a mera referência ao convencimento subjetivo do juiz ou à equivocada ideia de que o julgador é o destinatário da prova³⁰ para inadmiti-la, como se se tratasse de uma atividade sensitiva do magistrado e não um direito das partes. Por essa razão, na dúvida sobre a admissibilidade da prova deve imperar a abertura para o esclarecimento dos fatos.

A fase de admissibilidade é prospectiva e a aferição da relevância de cada meio de prova se dá por prognose, o que significa que se baseia em juízo hipotético sobre a relevância da prova. No caso concreto esse juízo pode não ser simples e a utilização do critério da inclusão pode significar uma abundância de provas redundantes (superinclusão probatória com sobrecarga ou transbordamento de informação), o que uma vez mais indica a importância do momento de organização do processo.³¹ Deve haver, portanto, uma preocupação com a prova redundante, isto é, aquela que corrobora algo já comprovado, mas nem toda prova redundante é supérflua, devendo-se aferir no caso concreto o equilíbrio entre a exigência de corroboração,³² já que a confirmação de uma hipótese por mais de uma prova é relevante, e a economia processual.³³ Essa parece ser a ideia, por exemplo, do limite

²⁸ A pertinência e a relevância são utilizadas como critérios de admissibilidade sem que haja exato consenso sobre os respectivos conceitos e se até mesmo são dois critérios distintos. Veja-se, por exemplo, esta definição: “relevantes são as provas que tenham utilidade para demonstrar ou negar uma determinada alegação fática, por terem pertinência em relação aos pontos controvertidos e por serem idôneas para auxiliar na compreensão dos fatos” (LESSA NETO, João Luiz. *Produção Autônoma de Provas e Processo Comparado*. Londrina: Thoth, 2021, p. 215). Há quem considere que relevante é a prova com aptidão para influenciar a decisão e a pertinência se refere à relação lógica entre o que se quer provar com o que se veicula pelo meio de prova, mas também pode ser considerada relevante a prova que aporta informação necessária para conhecimento dos fatos (cf. BADARÓ. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. São Paulo: RT, 2019, p. 159/166).

²⁹ FERRER BELTRÁN. *Valoração Racional da Prova*. Vitor de Paula Ramos (Trad.). Salvador: JusPodivm, 2021, p. 63/64.

³⁰ Essas referências são repetidas cotidianamente na jurisprudência: “A finalidade da prova é o convencimento do juiz, de modo que a livre convicção do magistrado consubstancia a bússola norteadora da necessidade ou não de produção de quaisquer provas que entender pertinentes ao julgamento da lide, bem como da atribuição do peso que entender devido a cada um dos elementos probatórios constantes dos autos. Precedentes” (AgInt no AREsp n. 2.081.093/SP, Terceira Turma, julgado em 10/10/2022, DJe de 13/10/2022).

³¹ FERRER BELTRÁN. *Valoração Racional da Prova*. Vitor de Paula Ramos (Trad.). Salvador: JusPodivm, 2021, p. 102/103, nota 15 e 110/111.

³² “É relevante a prova que puder, em tese, aumentar ou diminuir a corroboração das hipóteses fáticas que fazem parte do objeto litigioso.” (RAMOS, 2021b, p. 268)

³³ FERRER BELTRÁN. *Valoração Racional da Prova*. Vitor de Paula Ramos (Trad.). Salvador: JusPodivm, 2021, p. 112, acrescentando o autor, p. 113, que, “se a corroboração de uma hipótese nunca é absoluta, então

máximo de testemunhas para cada fato (art. 357, § 6º, CPC), com o risco de a fixação abstrata não corresponder à complexidade do caso concreto e com o problema de se simplificar o que é “prova de cada fato”.

Outro ponto a se analisar brevemente versa sobre a admissibilidade da prova sob o aspecto da racionalidade e, para ilustrar o tema, mencione-se o caso da prova mediúnica ou psicografada. Embora haja diferenças entre ambas, parece-me que deve haver um enquadramento único na teoria geral da prova, cabendo assinalar que apenas a chamada prova psicografada possui efetiva relevância prática no direito brasileiro, com vários relatos sobre sua utilização,³⁴ especialmente em casos de júri popular.³⁵

Trata-se de situação que não se submete a controle de racionalidade³⁶ e que não pode, portanto, ser objeto de conhecimento de um processo jurisdicional, que não é campo para profissão de fé ou questões metafísicas.³⁷

novas provas confirmatórias (e refutadoras, claro) podem ser sempre relevantes. Entretanto, a partir de um determinado ponto de equilíbrio, a incorporação de novas provas confirmatórias pressupõe um grau adicional de corroboração muito pequeno, ao passo que cresce o perigo de transborde no manejo de informação pelo julgador. Nesse ponto, justificar-se-á epistemologicamente a exclusão da prova”.

³⁴ A própria psicografia já foi objeto de processo jurisdicional no Brasil, como se pode colher no interessante relato de Miguel Timponi, com transcrições das peças processuais: *A Psicografia antes os Tribunais: o caso Humberto de Campos*. 7ª ed. São Paulo: FEB, 2010. Favoravelmente à carta psicografada como prova, com o autor defendendo inclusive seu caráter científico: SILVA, Augusto Vinícius Fonseca e. *A Prova Psicográfica no Direito Processual Brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

³⁵ “Júri. Decisão absolutória. *Carta psicografada* não constitui meio ilícito de prova. Decisão que não se mostra manifestamente contrária à prova dos autos. *Carta psicografada* não constitui meio ilícito de prova, podendo, portanto, ser utilizada perante o Tribunal do Júri, cujos julgamentos são proferidos por íntima convicção. Havendo apenas frágeis elementos de prova que imputam à pessoa da ré a autoria do homicídio, consistentes sobretudo em declarações policiais do corrêu, que depois delas se retratou, a decisão absolutória não se mostra manifestamente contrária à prova dos autos e, por isso, deve ser mantida, até em respeito ao preceito constitucional que consagra a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri. Apelo improvido” (Apelação Crime, nº 70016184012, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em: 11-11-2009). Assunto: Direito Criminal. Júri. Decisão não manifestamente contrária à evidência dos autos. Decisão absolutória. *Carta psicografada* a favor da ré. Meio ilícito de prova. Inocorrência. Possibilidade de ser utilizada perante o Tribunal do Júri cujos julgamentos são proferidos por íntima convicção” (TJRS – Apelação 70016184012 – Rel. Des. Manuel José Martinez Lucas – publ. 25/11/2009). Sobre a valoração racional da prova no Tribunal do Júri: NARDELLI, Marcella Mascarenhas. *A Prova no Tribunal do Júri: uma abordagem racionalista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

³⁶ Evidentemente esse controle de racionalidade depende do contexto histórico e adjetivar algo de irracional deve se relacionar com critérios contemporâneos: TARUFFO, Michele. *Uma Simples Verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Vitor de Paula Ramos (Trad.). São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 20/21. Interessante considerar que mesmo para questões religiosas exige-se produção probatória racional hoje em dia, ainda que sobre fatos que exijam fé: KAZIRI, Pierre. *La Prueba de las Virtudes Heroicas y del Martirio en las Causas de Canonización*. Salamanca: Universidad pontificia de Salamanca, 2010. Sobre a evolução histórica de sistemas probatórios, há muita bibliografia citada por Michele Taruffo no livro citado nesta nota. Confira-se, ainda: MORAES, José Rubens de. *Sociedade e Verdade: evolução histórica da prova*. São Paulo: EDUSP, 2015. BERCOVICI, Milene Chavez Goffar Majzoub. *Juizos de Deus e Justiça Real no Direito Carolíngio: estudo sobre a aplicação dos ordálios à época de Carlos Margno (768-814)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

³⁷ O sobrenatural vez ou outra é levado aos tribunais e, além do recorrente tema da prova psicografada, o Superior Tribunal de Justiça julgou dois casos interessantes envolvendo questões espirituais, aqui referidas apenas para ilustrar: REsp n. 1.299.021/SP e HC n. 697.581/GO (neste último caso, julgado em 2023, felizmente se considerou que “o tipo penal, ao definir o delito de ameaça, descreve que o mal prometido deve ser injusto e grave, ou seja, deve ser sério e verossímil. A ameaça, portanto, deve ter potencialidade de concretização, sob a perspectiva da ciência e do homem médio, situação também não demonstrada no caso”, não sendo possível descortinar, porém, o porquê de a ciência estar em companhia da figura do homem médio, que é também ele quase uma figura sobrenatural).

No caso da carta psicografada, se for considerada como documento, portanto, prova típica, será imprestável como prova, já que se trata de testemunho escrito por quem não testemunhou os fatos. Se for prova atípica, o que nos parece mais correto, igualmente será ilícita, já que viola a laicidade estatal e a liberdade religiosa, além do contraditório, já que não haveria como se pronunciar sobre a produção da prova e da fundamentação da decisão.³⁸

Em todo caso, sua exclusão do processo deverá se dar sobretudo pela irracionalidade que lhe é intrínseca, já que não possui possibilidade de refutação ou confirmação científica e muito menos justificação controlável, excluindo assim a possibilidade de as partes participarem de sua produção ou mesmo de haver refutação, excluindo, também, uma motivação racional e, portanto, controlável, de acordo com o que dispõe o atual art. 315, §2º, CPP, que é cópia do art. 489, §1º, CPC.

Entre os limites de admissibilidade de determinada prova há o critério lógico, que importa na verificação abstrata da relação entre o fato e a prova, sem análise concreta de seu resultado no convencimento judicial.³⁹ Além dos limites lógicos, há também os limites extraprocessuais, como nos casos de provas ilícitas, e os limites epistemológicos, que se relacionam com a análise intrínseca da prova e sua aptidão para a construção do conhecimento sobre o fato controverso, excluindo-se o que não for útil para que se decida de forma racional,⁴⁰ sem “psicologismo”.⁴¹

Não basta que haja uma valoração racional da prova, mas é necessário também que a prova que se pretende admitir seja intrinsecamente racional.

Pode-se encontrar valorações não racionais⁴² sobre provas racionais, como nos casos em que há prova reconhecidamente científica, mas será impossível uma valoração racional de algo que não decorre da racionalidade, o que inclui a possibilidade controle e de refutação do meio de prova.

³⁸ Cf. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Carta psicografada como fonte de prova no processo. *Revista de Processo*, nº 234. São Paulo: RT, agosto de 2014, p. 33/61. No mesmo sentido, considerando que a carta psicografada não pode ser considerada prova por violar a liberdade religiosa, o contraditório e a fundamentação, e fazendo expressa adesão ao estudo de Didier Jr. e Braga: AMARAL, Paulo Osterneck. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2017, p. 87/88.

³⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. São Paulo: RT, 2019, p. 162. Difere, portanto, do critério da credibilidade da prova, que depende da análise do conteúdo concreto da prova e, portanto, autoriza sua admissão. (cf. NARDELLI, Marcella Mascarenhas. *A Prova no Tribunal do Júri: uma abordagem racionalista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 88/89).

⁴⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. São Paulo: RT, 2019, p. 178/181. Com recorte sobre a prova documental: RAMOS, Vitor de Paula. *Prova Testemunhal: do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2022.

⁴¹ Isto é “não motivados por juízos de fato, isto é, por inserções verificáveis ou refutáveis, mas por juízos de valor, não verificáveis nem refutáveis, porque, por sua natureza, não são verdadeiros nem falsos; não baseados em procedimentos cognitivos, pelo menos tendencialmente, e, por isso, expostos a controles objetivos e racionais, senão em decisões potestativas; não realizado mediante regras do jogo – como o ônus da prova e o direito de defesa – que garantam a ‘verdade processual’, mas confiado à sabedoria dos juízes e à ‘verdade substancial’ que eles possuem”. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Sica, Choukr, Tavares, Gomes (Trad.). 4ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 46)

⁴² Sobre valoração racional da prova, com ampla bibliografia complementar: FERRER BELTRÁN, Jordi. *La Valoración Racional de la Prueba*. Barcelona: Marcial Pons, 2007. NARDELLI, Marcella Mascarenhas. *A Prova no Tribunal do Júri: uma abordagem racionalista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

A racionalidade deve estar presente desde a admissibilidade da prova, incidindo a limitação epistemológica e excluindo aprioristicamente toda prova que intrinsecamente for incapaz de possibilitar a valoração e, conseqüentemente, a fundamentação racional da decisão.

4. Valoração da prova, fundamentação e racionalidade

Justificar ou fundamentar uma decisão não é expressar uma crença ou um subjetivismo e o direito probatório brasileiro encontra na jurisprudência⁴³ um campo pródigo em particularismos.⁴⁴

A aposta na utilização da ponderação⁴⁵ para a admissão de provas ilícitas, por exemplo, é ao mesmo tempo um lugar comum na prática jurisdicional e uma possibilidade imensa de adaptações discursivas para acomodações de soluções aprioristicamente selecionadas,⁴⁶ servindo quase como a estrutura do “leito de Procusto”. Veja-se que a seleção normativa realizada para fundamentar uma solução previamente buscada pelo julgador viola esse contraditório e também pode se dar com uma hábil, ou apenas arbitrária, seleção de fatos e de provas que coonestem uma decisão solipsista. Para ilustrar essa situação, vale transcrever o método revelado com extravagante sinceridade e naturalidade por Ministro do Supremo Tribunal Federal: “Costumo dizer que, como magistrado, ao defrontar-me com uma controvérsia,

⁴³ “Não é nula a decisão se o julgador, fazendo alusão a fatos de seu conhecimento pessoal, advindos de sua experiência de vida, sopesa-os com aqueles extraídos dos autos, formando, assim, a sua livre convicção. Parte do processo decisório empreendido pelo julgador envolve a interpretação da consciência social, dando-lhe efeito jurídico. Esse processo exegético não deriva da apreciação das provas carreadas aos autos, mas da experiência de vida cumulada pelo julgador, não jungida aos limites impostos pela Súmula 07/STJ. A análise de proposições que sejam fruto exclusivo da experiência individual do julgador não implica reexame da prova. Isso caracteriza apenas a reapreciação de juízos de valor que serviram para dar qualificação jurídica a determinada conduta. Assim, o conhecimento de recurso especial, como meio de revisão do juízo de valor realizado por Tribunal Estadual, mostra-se absolutamente viável; sempre atento, porém, à necessidade de se admitirem os fatos tal como delineados pelo 1º e 2º grau de jurisdição” (STJ - REsp n. 1.105.768/RN, Terceira Turma, julgado em 1/6/2010, DJe de 15/6/2010).

⁴⁴ A utilização de particularismo aqui nada tem a ver com as especificidades únicas de fatos em determinados processos, mas, sim, em ausência de padrão normativo. Sobre o tema: FERRER BELTRÁN. *Prueba sin Convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Barcelona: Marcial Pons, 2021.

⁴⁵ Cf. MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e Arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF*. Salvador: JusPodivm, 2016.

⁴⁶ Cf. A crítica abordagem de Marcelo Neves em sua recente tese: *Entre Hídra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013: “a invocação aos princípios (morais e jurídicos) apresentava-se como panaceia para solucionar todos os males da nossa prática jurídica e constitucional. Por outro, a retórica principialista servia ao afastamento de regras claras e completas, para encobrir decisões orientadas à satisfação de interesses particularistas. Assim, tanto os advogados idealistas quanto os astutamente estratégicos souberam utilizar-se exitosamente da pompa dos princípios e da ponderação, cuja trivialização emprestava a qualquer tese, mesmo as mais absurdas, um tom de respeitabilidade” (p. IX/X), acrescentando que vive-se um “contexto em que o principialismo tem um enorme significado e, ao provocar certo fascínio, estimula, em geral, abusos de princípio mediante argumentações *ad hoc*, comprometidas imediatamente com os particularismos a que elas tendem a encobrir sob o manto retórico da justiça inerente aos princípios invocados” (p. 220). Registre-se que essa distorção no manuseio da teoria dos princípios não se confunde com uma inadequada compreensão do “neoconstitucionalismo”. Sobre o tema há ampla bibliografia, mas é fundamental a leitura de um específico trabalho de Humberto Ávila, onde se encontram outras referências: Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 17, jan., fev. e mar./2009, disponível em: www.direitodoestado.com.

primeiro idealizo a solução que entendo mais justa para a lide. Somente após, vou à dogmática buscar o indispensável apoio. E ao assim proceder, exerço – porque toda interpretação o consubstancia – um ato de vontade. Vou à dogmática, vou à ordem jurídica em vigor movido por uma inspiração. E essa inspiração atende ao terceiro instituto do trinômio ‘Lei-Direito-Justiça’. É, justamente, a busca da almejada justiça”.⁴⁷ Em contraponto a essa declaração, lembro conhecida passagem de Barbosa Moreira, também apropriada quando se pensa sobre a utilização de carta psicografada como fonte de prova: “É certo que é até possível conceber que algum juiz se sinta, de repente, por assim dizer, ‘iluminado pelo Espírito Santo’, mas dificilmente conseguirá formular de modo convincente e suscetível de controle essa sua iluminação no momento de fundamentar a sentença. Subsistira sempre uma dúvida sobre a verdadeira natureza desse fenômeno (...)”.⁴⁸

Esse tipo de seleção artificial pode muito bem ocorrer na matéria fática e nada mais perigoso para um Estado de Direito do que juízes que se confundem com a justiça e, em uma espécie de narcisismo epistemológico, supõem carregar a verdade absoluta e que no processo gera apenas um indesejado absolutismo judicial.

A fundamentação da decisão é a pedra de toque em um processo que leve a sério o devido processo legal.⁴⁹

Não se pode confundir a decisão com escolhas arbitrárias do que se produziu em determinado processo. O pensamento que persiste na antiga crença de que a prova serve unicamente à formação do convencimento do juiz e autoriza que a fundamentação indique apenas o que lhe formou o convencimento, desobrigando, aparentemente, da atividade de um exame completo do material probatório que vem assumindo ares de – perdoe o aparente trocadilho – verdade. Não se pode entender que o dever de motivação – e o direito à motivação – veicule uma autorização para um econômico, melhor seria dizer avaro, compromisso com a fundamentação.

Também se mostra atentatória à plenitude da motivação a referência parcial às provas, limitando-se a mencionar aquelas que confirmam a conclusão, desprezando as demais, como se fosse possível uma espécie de seleção artificial em matéria probatória. A valoração das provas também deve ser objeto de fundamentação plena: *“se, invece, la motivazione in fatto esiste effettivamente, è completa ed è coerente, allora si può dire che la narrazione dei fatti costruita del giudice è dotata di una valida giustificazione*

⁴⁷ Min. Marco Aurélio Mello em voto proferido no Recurso Extraordinário nº 236948/MA, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 31/08/2001, p. 65 (o trecho transcrito está na fl. 778 dos autos, conforme cópia disponível no endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal). Para algo ainda mais pitoresco e nocivo para o Estado Democrático de Direito, eis que vizinho da superstição: Min. Dias Toffoli: “Também cumprimento a eminente Relatora pelo profundo voto trazido e digo que penalizar a cogitação, ou a imaginação ou o pensamento, só Deus pode fazer, e não o homem. Nós não estamos nesta esfera de cognição. Mas verifico, já falando em Deus, que os astros hoje estão alinhados pela concessão das ordens. [...] É por isso que eu acredito em Deus, mas eu acredito também na astrologia. Os astros hoje estão alinhados, em uma conjugação favorável aos pacientes (STF - HC nº 103.412/SP - Publicação DJe: 23/08/12 - Relatora Min. Rosa Weber).

⁴⁸ Provas atípicas. *Revista de Processo*, nº 76. São Paulo, RT, outubro-dezembro de 1994, p. 115.

⁴⁹ Por isso, há que ser celebrada a redação do art. 489 do CPC e a nova redação do art. 315 do CPP. Ao mesmo tempo deve ser lamentado o fato de que um dispositivo tão didático seja celebrado, sem olvidar as tantas iniciativas para que houvesse veto presidencial quando da aprovação do CPC.

*razionale, in quanto risulta confermata dall'analisi critica de tutte le prove disponibili. In questo senso, si potrà dire che essa enuncia la verità".*⁵⁰

Insista-se neste ponto: não se trata de se averiguar se é possível atingir-se uma verdade absoluta no processo pela singela razão que essa impossibilidade não é exclusividade do campo processual.⁵¹ É evidente que diversos fatores inerentes ao processo, como o tempo de duração, a rigidez procedimental, o uso de presunções e as limitações probatórias, inclusive as negociais, não só dificultam como não raro impedem a descoberta de verdade factual.

Entretanto, a preocupação com a busca da verdade pode constituir um dos pilares de um processo democrático, efetivamente preocupado com a solução justa do caso concreto.⁵²

Dissociar a prova da busca da verdade tem levado ao protagonismo judicial que beira a sacralização idiossincrática, permitindo a "criação" do resultado do processo pelo Juiz, acrescida da nota da infalibilidade. Considerar que a afirmação sobre um fato está provado, nessa perspectiva, é considerar que a fixação de um fato como comprovado é apenas um ato de vontade daquele que é o "destinatário" do resultado da instrução processual.

Os enunciados probatórios, isto é, aqueles que consideram provados determinados fatos, possuem natureza constitutiva, normativa ou descritiva. Aqueles que consideram que a verdade processual é aquela encontrada no interior do próprio processo, abstraindo a verificação efetiva do fato exterior, também não que entender que todo enunciado processual é verdadeiro,⁵³ numa evidente posição solipsista sobre o tema.

Confundir a finalidade da prova com a convicção subjetiva do Juiz traz um sem-número de problemas.

A questão ideológica se faz fortemente presente na relação entre verdade e processo, na medida em que, se a verdade é uma finalidade necessária e uma condição para a justiça da decisão, há outros fatores que são levados em consideração

⁵⁰ Idem, p. 245.

⁵¹ Trata-se de tema que se relaciona profundamente com as denominadas provas científicas: RICCI, Ugo; PROVIDERÉ, Carlo; FATTORINI, Paolo; CORRADI, Fabio. *La Prova del DNA per la Ricerca della Verità: aspetti giuridici, biologici e probabilistici*. Milano: Giuffrè, 2006. COMANDÉ, Giovanni; PONZANELLI, Giulio. (Org.). *Scienza e Diritto nel Prisma del Diritto Comparato*. Torino: G. Giappichelli, 2004. TARUFFO, Michele. El juicio pronóstico del juez entre ciencia privada y prueba científica. *Sobre las Fronteras: escritos sobre la justicia civil*. Beatriz Quintero (Trad.). Bogotá: Temis, 2006, p. 303/317. La prueba científica. *La Prueba*. Laura Manríquez. Jordi Ferrer Beltrán (Trad.). Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 277/295. Ciencia y proceso. *Páginas sobre Justicia Civil*. Maximiliano Aramburo Calle (Trad.). Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 455/480. VÁZQUEZ, Carmen (Ed.). *Estándares de Prueba y Prueba Científica: ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

⁵² Por todos: TARUFFO. *La Semplice Verità: il giudice e la costruzione dei fatti*. Bari: Laterza, 2009.

⁵³ Sobre esse ponto: TARUFFO, Michele. *La Prova dei Fatti Giuridici. Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Antonio Cicu, Francesco Messineo e Luigi Mengoni. Vol. III, t. 2, sez. 1. Milano: Giuffrè, 1992, p. 1/66. Do mesmo autor, mais amplamente, e com enfoque um pouco diverso: *La Semplice Verità: il giudice e la costruzione dei fatti*. Bari: Laterza, 2009. Ambas as obras possuem tradução para o idioma espanhol e a última também foi traduzida para o português.

e inspiram escolhas para a estrutura e o funcionamento do processo que afetam sua dimensão epistêmica.⁵⁴

Há que se prestigiar, pois, uma ideia conceitual de prova compatível com essa dimensão epistemológica do processo, em que se deve buscar uma verdade relativa e objetiva, porque seu conhecimento é extraído das provas que representam a base cognoscitiva em que a decisão sobre determinado enunciado que corresponda à realidade dos fatos encontra justificativa e também porque não decorre de preferências subjetivas e arbitrárias do julgador, fundando-se em razões objetivas encontradas nas provas do processo.⁵⁵

A invocação do livre convencimento como convicção subjetiva do Juiz integra o quadro que deve ser superado e que se inicia com a equivocada ideia de que é o julgador o destinatário da prova, resultando em nefasto psicologismo e dá azo a uma confusão entre os planos de admissibilidade e valoração da prova, com frequentes decisões que invocam uma propalada suficiência cognitiva como critério para indeferimento de instrução da causa, antecipando para a admissão da prova um juízo que no máximo seria apropriado para sua valoração: “É notável, na jurisprudência, a percepção de que, paralelamente à confusão entre os momentos da atividade probatória, o psicologismo no estudo das provas conduz a uma ideia de livre convencimento peculiar, que permite ao Juiz cercear o direito à produção da prova sob o argumento de já está convencido pelos elementos probatórios dos autos”.⁵⁶

Há inúmeros julgados do Superior Tribunal de Justiça, incluindo aqueles que ainda tratam a decisão de admissão de provas como caso de juízo de conveniência e oportunidade, como este julgado: “No sistema de persuasão racional adotado pelo Código de Processo Civil, nos arts. 130 e 131, em regra, não cabe compelir o magistrado a autorizar a produção desta ou daquela prova, se por outros meios estiver convencido da verdade dos fatos, tendo em vista que o Juiz é o destinatário final da prova, a quem cabe a análise da conveniência e necessidade da sua produção” (REsp nº 1175616/MT, DJe 04/03/2011).

Outro julgado ilustra bem essa confusão que mais parece revelar um afã de atribuir ao Juiz um controle subjetivo absoluto sobre a prova, o que faz com que se antecipe e se utilize a valoração quando é caso de juízo de admissibilidade: “A jurisprudência desta Corte pacificou o entendimento de que o Tribunal de origem é soberano na análise das provas, podendo, portanto, concluir pela desnecessidade da produção de provas periciais e documentais. [...] A tutela judicial seria nenhuma se quem precisa de medicamentos dependesse de prova pericial para obtê-los do Estado, à vista da demora daí resultante; basta para a procedência do pedido a receita fornecida pelo médico (AgRg no AREsp nº 96.554/RS, DJe 27.11.2013). *In casu*, o

⁵⁴ Amplamente: TARUFFO. *La Semplice* (...). *Cit.*, capítulo IV.

⁵⁵ TARUFFO. *La Semplice* (...). *Cit.*, p. 83.

⁵⁶ GUEDES, Clarissa Diniz; LEAL, Stela Tannure. O cerceamento do acesso à prova devido à confusão entre os planos de admissibilidade e valoração do material probatório. *Revista de Processo* nº 240. São Paulo: RT, fevereiro de 2015, p. 30.

Julgador motivou a desnecessidade de realização de perícia, por entender suficientes os laudos médicos juntados pela parte requerente para atestar a necessidade do uso dos medicamentos pleiteados” (AgRg no Ag nº 1377592/RS, DJe 05/06/2015). Se a perícia é impertinente e desnecessária, não se trata de livre convencimento, mas de simples indeferimento de sua produção.

E aqui temos a síntese eloquente da confusão entre admissibilidade e valoração que grassa na jurisprudência, o que só pode ser explicado pelo afã de manter a atividade probatória como um exercício de discricionariedade judicial: “O princípio do livre convencimento racional, previsto no § 1º do art. 400 do CPP, faculta ao Juiz o indeferimento das provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. Precedentes. (RHC nº 126853 AgR, DJe-182 de 15-09-2015)”.

A despreocupação com a fundamentação da prova é um ponto de especial vulnerabilidade em um quadro já onde o lacônico é uma prática recorrente. As previsões constitucionais e legais sobre a necessidade de uma adequada motivação não se refletem na prática ordinária nem conferem ânimo à jurisprudência para um controle efetivo das decisões mal fundamentadas. Como não se pode atribuir esse quadro débil à ausência de regras, outras são as causas e merecem pesquisas especializadas. Em relação à prova, podem ser apontadas duas razões básicas: ausência de critérios objetivos e racionais para a fundamentação e, em consequência, aposta-se em um modelo subjetivista de valoração da prova, especialmente, mas não só, adepto da concepção persuasiva da prova.⁵⁷ Já em uma concepção racionalista da prova, a crença do julgador é irrelevante para fins de valoração da prova, já que o método a ser utilizado deve ser objetivo a partir de refutação e corroboração de hipóteses, de acordo com as regras da racionalidade e da lógica (regras da epistemologia), com forte motivação dos fatos.⁵⁸

Note-se que a mera referência ao “livre convencimento do Juiz para apreciar as provas”, que tantas vezes funciona como uma espécie de fórmula mágica para coonestar o arbítrio, não atende a requisitos mínimos de fundamentação, além de, formalmente, estar em desacordo com a redação do art. 371, CPC. Também se mostra atentatória à plenitude da motivação a referência parcial às provas, limitando-se a mencionar aquelas que confirmam a conclusão, desprezando as demais, como se fosse possível uma espécie de seleção artificial em matéria probatória.

O art. 371 do CPC possui uma dimensão simbólica ao retirar o advérbio “livremente” que constava na legislação anterior precisamente para ser didático em relação a todas as limitações que integram a valoração da prova, especialmente a necessidade de uma motivação racional, além de tornar muito clara a aversão ao psicologismo e ao arbítrio. A valoração da prova possui limites, deve ser controlável e necessariamente fundamentada, de modo que é alvissareira a disposição, que não

⁵⁷ FERRER BELTRÁN. *Valoração Racional da Prova*. Vitor de Paula Ramos (Trad.). Salvador: JusPodivm, 2021, p. 87/95.

⁵⁸ Cf. A síntese de FERRER BELTRÁN. *Valoração Racional da Prova*. Vitor de Paula Ramos (Trad.). Salvador: JusPodivm, 2021, p. 96/98.

significa engessamento ou artificial interferência na atividade do juiz, mas, sim, o enquadramento da atividade valorativa dentro do Estado de Direito. Evidentemente a doutrina⁵⁹ já apontava a inexistência de liberdade absoluta e a necessidade de fundamentação, mas ainda assim é frequente encontrar a mera invocação do “livre convencimento” como se fosse um cheque em branco cognitivo.

O art. 371, CPC, efetivamente não fornece nenhuma novidade no sistema de valoração, salvo sua força retórica ou simbólica, o que não é algo supérfluo, mas está distante de significar alguma inovação no método de valoração se examinadas as linhas teóricas da livre valoração, que jamais confiaram ao juiz o arbítrio ou a discricionariedade nesse tema. A valoração da prova pode se dar no decorrer do processo, sem a definitividade típica da sentença, quando se trata de exame de tutela provisória e o material probatório será aquele até então produzido e a decisão adquirirá a instabilidade própria daquela fase de cognição, de modo que os critérios objetivos da valoração devem incidir nos momentos de decisão e não apenas no final do processo.

E aqui temos a síntese eloquente da confusão entre admissibilidade e valoração que grassa na jurisprudência, o que só pode ser explicado pelo afã de manter a atividade probatória como um exercício de discricionariedade judicial: “O princípio do livre convencimento racional, previsto no § 1º do art. 400 do CPP, faculta ao juiz o indeferimento das provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. Precedentes. (RHC nº 126853 AgR, DJe-182 de 15-09-2015)”.

Há, porém, uma exigência de motivação plena do Juiz sobre a valoração da prova, mas, abstraindo dos muitos problemas estruturais para a função jurisdicional, não há na lei critérios objetivos mínimos para aferição do grau de suficiência para o acervo probatório. Ou seja: exige-se, mas não se fornecem meios aptos.

4.1. Estândaes probatórios

Há divergências sobre a possibilidade de regras objetivas para o estabelecimento de estândaes para a valoração da prova. Desde logo convém examinar sinteticamente as divergências acerca de qual é o estândar exigido para se considerar uma hipótese provada. Primeiramente, é preciso estabelecer ao menos quatro tipos de discrepâncias possíveis nessa matéria, da mais geral para a mais específica: 1) há a discrepância teórica,⁶⁰ isto é, a discussão que vai desde a possibilidade de se estabelecerem regras objetivas sobre estândaes de prova até qual(is) o(s) estândar(es) que deve(m) ser estabelecido(s), já que, uma vez fixada a possibilidade e a importância de haver um umbral de suficiência, podem ser concebidos critérios progressivos e variados; 2) há também a discrepância normativa, ou seja, a variedade decorrente de escolhas

⁵⁹ Cf. FERRER BELTRÁN, em seu livro sobre valoração da prova e também no recente sobre estândaes probatórios.

⁶⁰ A discussão é analisada de forma profunda em FERRER BELTRÁN. *Prueba sin Convicción: estândaes de prueba y debido proceso*. Barcelona: Marcial Pons, 2021, com ampla bibliografia.

políticas para estândaes de prova, o que idealmente deveria ser escolha do legislador, mas, diante da omissão que se vê na matéria, vem sendo implementada pela jurisprudência;⁶¹ 3) existe a discrepância jurisprudencial na prática decorrente da falta de regras abstratas, com juízes e tribunais aplicando estândaes variados (ou até mesmo não considerando nenhum estândar, como ocorre no direito brasileiro, em regra), de acordo com a própria convicção e, portanto, sem possibilidade de controle intersubjetivo, na explosiva combinação de particularismo com subjetivismo do decisor; 4) discrepâncias concretas, isto é, ausência de aplicação de padrões diante de casos semelhantes e com os mesmos graus de exigência de completude probatória.

Estândar probatório é o grau de suficiência mínima exigida para que uma hipótese fática seja considerada comprovada,⁶² podendo variar de acordo com os valores em conflito (isto é, previsão de mais de um estândar em determinado sistema jurídico), havendo muitas discussões sobre a fluidez dos termos utilizados, como “preponderância da prova” ou “dúvida acima do razoável”.⁶³

A fixação de estândaes de prova não só é possível como necessário para determinar o grau de confirmação que uma hipótese deve ter a partir do quadro probatório para ser considerada provada em uma decisão, distribuindo o risco de erro⁶⁴ entre as partes (aqui incide a dimensão política) e servindo como garantia para as partes;⁶⁵ por isso, há de a parte provar a verdade dos fatos afirmados e

⁶¹ Mesmo pela jurisprudência, é importante que a definição do estândar seja geral e abstrata (exemplo: fixada genericamente pela Suprema Corte, sem vinculação a um caso concreto que a encerre), evitando-se o particularismo (sobre o universalismo e o particularismo, veja-se em FERRER BELTRÁN. *Prueba sin Convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Barcelona: Marcial Pons, 2021, item 2.2.1).

⁶² PEIXOTO, Ravi. *Standars Probatórios no Direito Processual Brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 61.

⁶³ Cf. PEIXOTO, Ravi. *Standars Probatórios no Direito Processual Brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2021. MARANHÃO, Clayton. Standards de prova no processo civil brasileiro. *Revista Judiciária do Paraná*. Curitiba, n. 17, Curitiba, p. 221-258, maio 2019. ÁVILA, Humberto. Teoria da prova: standards de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. *Revista de Processo nº 282*. São Paulo: RT, agosto de 2018. COSTA, Guilherme Recena. Livre Convencimento e Standards de Prova. *40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: Passado, Presente e Futuro*. Flávio Luiz Yarsehl; Camilo Zufelato (Org.). São Paulo: Malheiros, 2013, p. 356/396.

No processo penal, com outras referências bibliográficas, BADARÓ MASSENA, Caio. *Prisão preventiva e standards de prova: propostas para o processo penal brasileiro*. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 3, p. 1631-1668, set./dez. 2021. Amplamente: FERRER BELTRÁN. *Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons, 2021.

⁶⁴ O erro material pode consistir em um falso positivo (é declarada provada uma hipótese falsa) e um falso negativo (uma hipótese verdadeira é declarada não provada), já que a verificação do erro, nesse sentido, dá-se no cotejo com o que realmente ocorreu no mundo (FERRER BELTRÁN. *Prueba sin Convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Barcelona: Marcial Pons, 2021, p. 115/116 e 121/124, esclarecendo nas páginas seguintes que as regras de estândaes não são o instrumento adequado para a diminuição, ainda que possa impactar nessa questão).

⁶⁵ Idem, com toda a obra citada dedicada ao tema, mas com síntese nas p. 24 e 109. E aqui há um dado muito importante sobre a possibilidade e a necessidade de estabelecimento de estândaes objetivos, que é a previsibilidade e, portanto, o controle intersubjetivo da decisão judicial sobre os mesmos fatos. Não se pode considerar correta uma decisão apenas pela autoridade ou crença na subjetividade do julgador, evidentemente. Se fosse assim, a segunda sentença sobre o caso *Fidel* seria necessariamente correta em razão de hierarquia burocrática e não pela correção objetiva do decidido. Isso mostra que a ausência de critérios que determinem o umbral de suficiência probatória torna potencialmente as decisões judiciais imprevisíveis (idem, p. 58/59).

receber a decisão judicial justificada sobre as provas aportadas ao processo;⁶⁶ nesse sentido uma decisão judicial está justificada se a proposição que se declara provada é verdadeira (justificação material) e se tem apoio nos elementos de juízo disponíveis (justificação procedimental);⁶⁷ ou seja: uma hipótese será considerada provada se estiver suficientemente corroborada ou acreditada a partir das provas disponíveis, com uma decisão que justifique a suficiência ou insuficiência da corroboração atribuída a cada uma das hipóteses em conflito, de acordo com critérios que determinem o umbral de suficiência probatória.⁶⁸

Não se pode discordar de que as decisões têm que ser racionais, o que inclui a racionalidade na valoração da prova e que as “leis da lógica e da experiência” devem ser respeitadas, mas isso diz muito pouco na medida em que não se esclarece o padrão necessário e efetivamente utilizado.⁶⁹ A mera invocação da racionalidade pode servir precisamente para perpetuar irracionalidade, mas com um verniz que dificulta seu controle. Também a referência a leis da lógica e da experiência (*afinal, quais seriam e quais aplicáveis ao caso?*) não é suficiente para retirar a grande vagueza da fundamentação, porque não determinam o umbral a partir do qual se entende justificada a decisão,⁷⁰ assim como justificar o caso com base em simples referência à *dúvida razoável*, que é, para dizer o mínimo, um critério que não necessariamente configura um umbral de suficiência probatória, dada sua vagueza.⁷¹ O problema, como já visto, que esse é um padrão vago, que na realidade serve para se adaptar a toda argumentação e, assim, acaba por ser mera invocação de rótulo ou *slogan* que não cumpre as funções esperadas do padrão digno desse nome. Todos na verdade permaneceram no subjetivismo, ainda que se extraia a ideia da *dúvida razoável* como critério.⁷²

São muitos os problemas provocados pela falta de determinação do umbral de suficiência probatória, decorrendo consequências graves para o devido processo legal e, assim, o Estado de Direito.⁷³ A fundamentação das decisões sobre as provas não será objetiva e intersubjetivamente controlável sem a determinação de umbral

⁶⁶ Também na obra já referida de Ferrer Beltrán, *Prueba sin Convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Barcelona: Marcial Pons, 2021 (por exemplo na p. 62), mas especialmente em *Valoración Racional da Prova*. Vitor de Paula Ramos (Trad.). Salvador: JusPodivm, 2021, *passim*, mas com síntese dessa ideia nas páginas 82/88.

⁶⁷ Também os dois livros antes referidos, mas cabe referência a TARUFFO, 2012a.

⁶⁸ FERRER BELTRÁN. *Prueba sin Convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Barcelona: Marcial Pons, 2021, p. 237.

⁶⁹ Cf. FERRER BELTRÁN. *Prueba sin Convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Barcelona: Marcial Pons, 2021, p. 221/223, em que se analisa caso semelhante com base nos padrões que possivelmente podem ser empregados, a partir dos exemplos formulados pelo autor nas p. 209/210.

⁷⁰ FERRER BELTRÁN. *Prueba sin Convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Barcelona: Marcial Pons, 2021, p. 34/35.

⁷¹ FERRER BELTRÁN. *Prueba sin Convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Barcelona: Marcial Pons, 2021, p. 35.

⁷² FERRER BELTRÁN. *Prueba sin Convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Barcelona: Marcial Pons, 2021, p. 173; demonstrando um caso de *dúvida* e “múltiplas possibilidades” e como pode ser resolvido com padrões que, claro, sempre exigem prévias opções políticas, veja-se o que o autor escreve nesse mesmo livro nas p. 228/229.

⁷³ FERRER BELTRÁN. *Prueba sin Convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Barcelona: Marcial Pons, 2021, p. 28.

de suficiência, abrindo porta para o arbítrio e para a impossibilidade de se controlar a racionalidade da decisão. Além disso, gera-se insegurança jurídica, já que toda a decisão se submeterá a subjetivismo e particularismo do julgador, dificultando qualquer forma de controle, até porque os órgãos de controle padecerão dos mesmos problemas ao examinar um recurso. Acrescente-se, ainda, a impossibilidade de as partes agirem estrategicamente, já que não se sabe abstrata e antecipadamente qual é a suficiência probatória exigida para aquele caso ou para determinada fase processual.

4.2. Valoração da prova pericial

Entre as diversas controvérsias envolvendo a valoração da prova, está o problema da força probatória da prova pericial, notadamente em razão da inclusão no processo de um discurso técnico-científico que, regra geral, é desconhecido do Juiz e das partes, não raro envolvendo complexas áreas do conhecimento e que, precisamente, constitui o ponto central da controvérsia a ser decidida.⁷⁴ Com efeito, os problemas decorrentes da prova científica são muito diversos e com maior complexidade no atual período, como as seguintes duas questões sensíveis: a) a primeira está na própria admissibilidade da prova pericial, na medida em que se trata de decisão “plenamente discricionária” e dependeria de qual “concepção da ciência o juiz adota, bem como da eventualidade de que ele se conscientize ou não de não possuir uma cultura suficiente para enfrentar de modo adequado os aspectos científicos dos fatos”; b) o “paradoxo da prova científica”: “por um lado, supõe-se que o juiz se decida nomear um perito técnico quando considera que ele próprio não possui os conhecimentos necessários para formular um juízo sobre os fatos; por outro lado, o juiz é *peritus peritorum* e, portanto, caberá inevitavelmente a ele valorar as conclusões às quais chegou o perito”. Observa, contudo, que o paradoxo é apenas aparente, já que ao juiz cabe apenas avaliar a validade dos argumentos e dos métodos utilizados pelo perito.⁷⁵

Os avanços científicos configuram nova realidade que, conseqüentemente, não pode ser vista com o mesmo repertório tradicional. Com o julgamento do caso

⁷⁴ Além disso, há o problema da fiabilidade que acompanha o discurso científico, como anota VÁZQUEZ. El diseño normativo de las pruebas periciales, a propósito del razonamiento inferencial de los expertos y la comprensión judicial. *Discusiones 24: Prueba pericial La valoración judicial del testimonio experto*. EdiUNS, 1/2020, p. 31: “*las discusiones que en la filosofía de la ciencia ha habido sobre el supuesto carácter científico de algo, conocido como el problema de la demarcación, han mostrado la insuficiencia de los diversos criterios de cientificidad que se desarrollaron para delimitar claramente lo que sería científico y lo que no sería científico. Además de ello, no todo lo científico es igualmente fiable y no solo lo científico es fiable, por lo que tampoco podemos asumir que científicidad es igual a fiabilidad. En cambio, para usar en las decisiones judiciales información experta de forma justificada necesitamos precisamente información sobre su fiabilidad, tanto sobre las generalizaciones usadas como en su aplicación al caso concreto en que se aplican*”.

⁷⁵ TARUFFO. *A Prova*. João Gabriel Couto (Trad.). São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 320/325. Problema complexo se apresenta no caso de laudos periciais conflitantes; sobre o tema há abordagem instigante de VITORELLI, Edilson. Da educação científica ao consultor técnico pericial: respostas práticas para o problema da análise da perícia pelo juiz. *Revista de Processo*, nº 339. São Paulo: maio de 2023, p. 39/71. Apostando na solução clássica, AVELINO, Murilo. Perícia e Convencimento: entre o laudo perfeito e o imperfeito. *Revista da ANEP de Direito Processual*. Vol. 2, nº 2, 2021 (<https://revistaanep.com.br/index.php/radp/article/view/86/pdf>).

Daubert⁷⁶ pela Suprema Corte dos Estados Unidos, modificaram-se especialmente os parâmetros de controle e de credibilidade da prova científica e que nitidamente inspirou a redação do art. 473, CPC. Na visão de Michele Taruffo esse julgamento também fortaleceu o que ele denomina de “mito” de que a ciência seria capaz de fornecer conhecimentos certos e indiscutíveis, o que não será possível em razão da falibilidade da ciência e de sua constante evolução, além de haver o que pode ser chamado de falsa ciência.⁷⁷ Entretanto, o próprio autor elenca uma série de situações em que a ciência apresenta uma “extraordinária importância” para a descoberta da verdade.⁷⁸ É importante assinalar que o CPC se inspirou apenas superficialmente naquela decisão e sequer considerou nos denominados “fatores Daubert” para prever critérios de valoração da prova pericial e não se considerou também a denominada “trilogia Daubert”. A ressalva de que, mesmo em relação a meios considerados de alta confiabilidade como os exames de DNA,⁷⁹ a prova científica pode apresentar falhas é correta, mas não obnubila a confiabilidade do resultado, desde que realizada em condições adequadas e mediante metodologia apropriada.⁸⁰ Na realidade, esse temperamento se refere a um problema na execução do meio de prova, ou seja, sua idoneidade individualizada, mas não se refere à sua aptidão abstrata para conferir um juízo de certeza. Eventual dúvida quanto à execução do exame, o que, repita-se, não atinge a validade científica da técnica, deve servir para afastar uma perícia específica e determinar uma nova, a fim de não desprezar um fundamental e seguro meio de prova.⁸¹ Aqui há um grave problema: há uma camada de discurso sobre a objetividade da fundamentação na valoração da prova, mas toda a ideia que se identifica nas entrelinhas é de uma antiga construção persuasiva da prova e baseada na convicção do Juiz.⁸² Nesse contexto há a questão envolvendo a dispensa da perícia e também o

⁷⁶ Esse julgamento é reconhecido como fonte de modificação da prova pericial em diversos ordenamentos do mundo: VÁZQUEZ, Carmen. *Prova Pericial: da prova científica à prova pericial*. Vitor de Paula Ramos (Trad.). Salvador: JusPodivm, 2021. VÁZQUEZ. La prueba pericial en la experiencia estadounidense: el caso Daubert. *La prueba pericial en el razonamiento probatorio*. Puno: Zela, 2019, p. 193/230. Veja-se também este dispositivo do Código de Processo Penal Colombiano: Artículo 422. *Admisibilidad de publicaciones científicas y de prueba novel. Para que una opinión pericial referida a aspectos noveles del conocimiento sea admisible en el juicio, se exigirá como requisito que la base científica o técnica satisfaga al menos uno de los siguientes criterios: 1. Que la teoría o técnica subyacente haya sido o pueda llegar a ser verificada. 2. Que la teoría o técnica subyacente haya sido publicada y haya recibido la crítica de la comunidad académica. 3. Que se haya acreditado el nivel de confiabilidad de la técnica científica utilizada en la base de la opinión pericial. 4. Que goce de aceptabilidad en la comunidad académica.*

⁷⁷ TARUFFO. La scienza nel processo: problemi e prospettive. *Revista de Processo* n° 248. São Paulo: RT, outubro de 2015, p. 418.

⁷⁸ TARUFFO. La scienza nel processo: problemi e prospettive. *Revista de Processo* n° 248. São Paulo: RT, outubro de 2015, p. 419.

⁷⁹ TARUFFO, Michele. La scienza nel processo: problemi e prospettive. *Revista de Processo* n° 248. São Paulo: RT, outubro de 2015, p. 426/427.

⁸⁰ Cf. HERDY, Rachel; DIAS, Juliana M. Condensados pela ciência: a confiabilidade das provas periciais. In: SANTORO, Antonio; MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio. (Org.). *Desafiando 80 anos de processo penal autoritário*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 735-768. Isso não significa, evidentemente, que a prova pericial não tenha que ser controlada e devidamente valorada, já que pode apresentar muitos problemas, como os apontados exemplificativamente por DUCE, 2020.

⁸¹ Cf. REsp n° 397.013-MG, DJ 09/12/2003, p. 279; REsp n° 1229905/MS, DJe 02/09/2014.

⁸² Cf. AVELINO, Murilo. Perícia e Convencimento: entre o laudo perfeito e o imperfeito. *Revista da ANNEP de Direito Processual*. Vol. 2, n° 2, 2021 (<https://revistaannep.com.br/index.php/radp/article/view/86/pdf>).

problema da perícia necessária. Dispõe o CPC que a perícia pode ser dispensada se existirem outras provas técnicas,⁸³ o que traz problemas relacionados ao momento em que se dá essa análise, ou seja, se integra a valoração e a completude do quadro fático ou a relevância da prova.

De todo modo, permanece no direito brasileiro a ideia sintetizada na ementa a seguir transcrita, independentemente do grau de confiabilidade da prova produzida e da incapacidade (ou impossibilidade) de o Juiz confrontar o trabalho científico: “No ordenamento jurídico pátrio, o magistrado é livre para apreciar motivadamente as provas produzidas no processo, dando-lhes o valor que bem entender. No sistema de valoração de provas adotado pelo CPC, não há precedência de um tipo de prova sobre outro, como na idade média, período no qual as provas possuíam valores pré-estabelecidos” (STJ - AgRg no REsp nº 1459124/CE, DJe 10/10/2014).

A não adstrição ao laudo pericial sob o tradicional argumento de que o juiz é o perito dos peritos aparece em vários julgados.⁸⁴ O art. 479, CPC, estabelece que inexistente obrigatoriedade automática para adoção vinculativa do laudo pericial. Entretanto, isso está longe de configurar “livre convicção” do julgador, não só em virtude do que consta na parte final do artigo citado, mas também diante do disposto nos arts. 473, 477 e 480 e respectivos incisos e parágrafos, além do fato fundamental de que o conhecimento detido pelo perito simplesmente não é dominado pelo Juiz. Há perícias que envolvem temas de mais alta complexidade e não se pode, em nome da “livre convicção”, considerar o Juiz o perito dos peritos. Essa situação não é mais compatível com a evolução da ciência e do próprio direito probatório, além de não ser compatível com o atual Código de Processo Civil.

É conhecida a preocupação doutrinária de que haja “delegação de jurisdição ao perito”, já que, por inexistirem pesos preestabelecidos para as provas produzidas, não há vinculatividade hierárquica da prova científica, não podendo considerar a sentença como mera atividade de homologação do laudo pericial. De outro lado, há que se registrar que, em nome do “livre” convencimento, não pode o Juiz simplesmente desprezar a conclusão do perito – valendo-se da tradicional ideia, que enseja uma retórica perniciosa e autossuficiente de que o juiz é o “perito dos peritos”, como se essa onipotência fosse possível – pelo simples fato de que, insista-se, não detém conhecimento sobre o objeto da perícia. Caso haja dúvidas sobre a conclusão, mesmo após laudos críticos dos assistentes técnicos, cabe ao juiz requisitar esclarecimentos, sempre intimando as partes para que tenham ciência do ato, e, se for o caso, determinar nova perícia, igualmente submetendo-a ao contraditório. O que não é possível é desqualificar a conclusão pericial ou desprezá-la, sem que haja qualquer problema com o controle dos requisitos do art. 473, CPC.

No caso da prova pericial, há três requisitos de admissibilidade específicos, além do requisito genérico a todo meio de prova da relevância ou pertinência: necessidade

⁸³ “Art. 472. O juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes”.

⁸⁴ Exemplo: STF - RHC nº 120052, DJe-023 de 03-02-2014.

do conhecimento do experto (necessidade de complementação do conhecimento do tribunal, a fim de evitar prova supérflua ou redundante; a prova pericial deve ser útil e necessária para evitar um erro ou que informação relevante se perca), idoneidade do experto (verificação óbvia da qualificação do experto, isto é, da sua capacidade para se pronunciar como perito por meio de acreditação concreta) e a confiabilidade da informação experta (aporte da informação considerada razoável dentro da comunidade científica a que pertence ou na disciplina em que exerce seu ofício). A necessidade do conhecimento do experto é inerente à prova pericial, cuja incidência somente deve ocorrer sobre fatos que exijam aptidões técnicas ou científicas para que sejam compreendidos, gerando acréscimo relevante de informações ao julgador que por si só não lhe seria acessível, afetando ou impedindo sua compreensão. A perícia não pode ser supérflua ou redundante e muito menos pode substituir a função do juiz, como se fosse alternativa para a delegação de função que lhe é própria ou exclusiva. Há necessidade de um estândar alto de admissibilidade, não bastando que a prova seja útil, mas sim que acrescente conhecimento. Além disso, há a necessidade de que a informação relevante seja apenas por meio de perito, isto é, exclusivamente por meio de opinião técnica qualificada, o que nem sempre encontra respaldo na jurisprudência.⁸⁵ Já a idoneidade do perito se refere à confirmação da expertise, ou seja, aquele que se apresenta como experto efetivamente deve possuir aptidão para formular a avaliação técnica ou científica necessária para o caso, apresentando qualificação adequada para a análise do caso concreto. A idoneidade não se fixa apenas em títulos formais, cabendo às partes interessadas o ônus de fornecer elementos para a acreditação do experto, que deve ser na área de conhecimento necessária para a declaração em juízo e para sua admissibilidade. Por fim, a confiabilidade da perícia, que se relaciona com o conteúdo da declaração do perito, deve estar de acordo com a área de conhecimento e com os princípios da arte, técnica ou ciência a qual pertence. Diante desse quadro, resta evidente a maior complexidade da “liberdade” na valoração da prova e a necessidade da existência de estândares.⁸⁶

Se a valoração da prova pressupõe a compreensão pelos juízes do raciocínio inferencial feito pelos peritos para uma decisão racional sobre os fatos, há que se possibilitar o desenho processual de ferramentas aptas para isso,⁸⁷ a fim de que o entendimento da prova e a aferição de sua fiabilidade sejam objetiva e intersubjetivamente possíveis, o que exige investimentos na comunidade de expertos

⁸⁵ “A possibilidade da realização do laudo pericial por duas pessoas idôneas e portadoras de diploma de curso superior, quando inviável a efetivação do exame por peritos oficiais, está amparada no art. 159, § 1º, do Código de Processo Penal, sem nenhuma restrição ao fato delas serem policiais” (STJ - REsp nº 1416392/RS, DJe 25/11/2013).

⁸⁶ VÁZQUEZ, Carmen. *Prova Pericial: da prova científica à prova pericial*. Vitor de Paula Ramos (Trad.). Salvador: JusPodivm, 2021, p. 458/470.

⁸⁷ Sobre isso e com sugestões de ferramentas como “consultor experto”, possibilidade de “meta-periciais”, “perito tercero en discordia”, junta de peritos ou que um experto seja incorporado a determinado tribunal, por exemplo, confira-se VÁZQUEZ, 2020, p. 41/50.

e também na formação de advogados, juízes e membros do Ministério Público, em um processo de educação compartilhada.⁸⁸

Em suma, na atual quadra, em que a velocidade da evolução científica não é equiparável a nenhuma outra época, quando há imensas evoluções na neurociência e na psicologia cognitiva, além do estudo da argumentação jurídica e da filosofia da ciência, sem contar o novo sistema processual brasileiro, em que se concretizam efetivamente o contraditório e a fundamentação, preveem-se critérios específicos para o controle da perícia judicial, estabelece-se uma nova e mais objetiva disciplina sobre a figura do perito e ainda se prevê autonomia negocial das partes, não é mais possível pensar esse tema com o mesmo repertório utilizado nas últimas décadas, como se tudo houvesse mudado, menos a existência da figura de um perito dos peritos, expressão, aliás, de nenhuma cientificidade.⁸⁹

5. Encerramento

A teoria da prova, especialmente na parte da valoração do material probatório, é um tema fascinante e complexo, que pode receber abordagens variadas, com maior ênfase na dogmática processual, no direito positivo, na teoria da linguagem, na argumentação jurídica, na teoria do direito, na filosofia da ciência, na lógica, na neurociência, na psicologia cognitiva, na antropologia, na sociologia etc. Em tempos recentes, avolumam-se estudos de todas essas vertentes sobre aspectos envolvendo a prova judicial, mas, ainda assim, na parte do processo civil não é raro ter-se a impressão de que estamos vivendo ainda no mesmo contexto de cem anos atrás, com os mesmos jargões e as mesmas ideias, com poucos questionamentos sobre ideias que se travestem de dogmas e apenas revelam um contexto cultural estatalista que encontra explicação histórica, mas não deve ser eternizado.

Embora esse tema não dependa rigorosa e essencialmente do direito positivo e possa ser analisado a partir de conceitos lógico-jurídicos, a vigência de um novo Código de Processo Civil que apresenta novos paradigmas propicia uma ocasião adequada para pesquisar temas que aparentemente são considerados estabelecidos, quase que considerados como integrantes de um senso comum mínimo e perene. Não se espera que a mudança de leis signifique por si só a modificação de mentalidades, mas não há dúvidas de que há uma relação entre a cultura e a legislação que é de mão dupla, com influxos mútuos. Se a história é pródiga em exemplos de que a mudança legislativa não significou imediato impacto na prática forense – e é interessante lembrar que a própria positivação do livre convencimento motivado no início do século XIX não foi

⁸⁸ GASCÓN ABELLÁN. Ciencia forense en los tribunales. Los problemas de la deferencia y el reto de la educación. *Ciencia y justicia: El conocimiento experto en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. Carmen Vázquez Rojas (Coord.). Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, p. 53/91. VÁZQUEZ, Carmen. La división del trabajo cognitivo en la prueba pericial: el juez, las partes, los peritos y las comunidades expertas. *Discusiones 24: Prueba pericial La valoración judicial del testimonio experto*. EdIUNS, 2020, p. 113/140.

⁸⁹ Cf. o “catálogo” de valoração da prova pericial em KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro*. São Paulo: RT, 2017, p. 194/201.

suficiente para que fosse adotada essa forma de valoração⁹⁰ –, não é exatamente raro encontrarmos exemplos de iniciativas legislativas que contribuíram decisivamente para alteração da cultura preexistente. De todo modo, a função da pesquisa acadêmica não é sedimentar o que está estabelecido, mas, sim, provocar questionamentos e buscar contribuir para novas construções. Nesse sentido, a presente monografia visa tão somente a oferecer alguns questionamentos sobre a relação entre o Juiz e a prova, com as necessárias limitações, que serão aprofundados em pesquisas futuras.

Em matéria probatória, ao menos no contexto doutrinário e jurisprudencial brasileiros, não é exagerado afirmar que estamos vagando entre dois mundos, um morto e outro incapaz de nascer.⁹¹

6. Referências bibliográficas

ACCATINO, Daniela. Teoría de la prueba: ¿somos todos “racionalistas” ahora? *Revus*, v. 5, n. 39, p. 85-109, 2019 (<https://journals.openedition.org/revus/5559>).

ALCOCEBA GIL, Juan Manuel. Los estándares de cientificidad como criterio de admisibilidad de la prueba científica. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 215-242, jan./abr. 2018, (revista.ibraspp.com.br/RBDPP/index).

AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2021.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. VIII. São Paulo: Saraiva, 2020.

ARAGÃO, Egas Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*. Vol. IV, tomo 1. Rio de Janeiro: Aide, 1984.

ARMENTA DEU, Teresa. *A Prova Ilícita: um estudo comparado*. Nereu José Giacomolli (Trad.). São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. Vol. II, tomo II. São Paulo: RT, 2015.

AUILO, Rafael Stefanini. *A Valoração Judicial da Prova no Direito Brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2021.

AVELINO, Murilo Teixeira. Perícia e Convencimento: entre o laudo perfeito e o imperfeito. *Revista da ANNEP de Direito Processual*. Vol. 2, nº 2, 2021 (<https://revistaannep.com.br/index.php/radp/article/view/86/pdf>).

⁹⁰ Cf. GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão Racional e Limitações Probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2013, p. 148: “a mera introdução nominal do princípio do livre convencimento na codificação francesa de 1806 – e em outras que nela se inspiraram, não teve o condão de alterar a mentalidade vigente à época, do mesmo modo que não determinou a supressão das antigas regras de provas legais nas legislações civis e processuais civis”.

⁹¹ Referência a poema de Matthew Arnold por DAMASKA, Mirjan R. *El Derecho Probatorio a La Deriva*. Joan Picó i Junoy (Trad.). Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 152.

ÁVILA, Humberto. Teoria da prova: standards de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. *Revista de Processo* nº 282. São Paulo: RT, agosto de 2018.

ÁVILA, Thiago Pierobom. Provas ilícitas e proporcionalidade. *Altos Estudos sobre a Prova no Processo Penal*. Salgado, Kircher, Queiroz (Coord.). Salvador: JusPodivm, 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. São Paulo: RT, 2019.

BADARÓ MASSENA, Caio. Prisão preventiva e standards de prova: propostas para o processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 3, p. 1631-1668, set./dez. 2021.

COSTA, Guilherme Recena. Livre Convencimento e Standards de Prova. *40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: Passado, Presente e Futuro*. Flávio Luiz Yarsehll; Camilo Zufelato (Org.). São Paulo: Malheiros, 2013.

DAMASKA, Mirjan R. *El Derecho Probatorio a La Deriva*. Joan Picó i Junoy (Trad.). Madrid: Marcial Pons, 2015.

DENTI, Vittorio. Cientificidad de la pueba y libre valoracion del juez. *Estudios de Derecho Probatorio*. Santiago Sanís Melendo y Tomás A. Banzhaf (Trad.). Buenos Aires: EJE, 1974.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 14ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

_____; _____. Carta psicografada como fonte de prova no processo. *Revista de Processo*, nº 234. São Paulo: RT, agosto de 2014.

DUCE, Mauricio. Prácticas Probatorias y Riesgosde Condenas Erróneas: una visión empírica. *El Razonamiento Probatorio en el Proceso Judicial: un encuentro entre diferentes tradiciones*. Ferrer Beltrán; Carmen Vázquez (Eds.). Barcelona: Marcial Pons, 2020.

ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. 5ª ed. Bogotá: Temis, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Sica, Choukr, Tavares, Gomes (Trad.). 4ª ed. São Paulo: RT, 2014.

FERRER BELTRÁN, Jordi. La prueba es libertad pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi benthamiana. *Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica*. Carmen Vázquez (Ed.). Madrid: Marcial Pons, 2013t.

_____. *Prova e Verdade no Direito*. Vitor de Paula Ramos (Trad.). São Paulo: RT, 2017.

_____. *Valoração Racional da Prova*. Vitor de Paula Ramos (Trad.). Salvador: JusPodivm, 2021.

_____. *Prueba sin Convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Barcelona: Marcial Pons, 2021.

FREITAS, José Lebre de; ALEXANDRE, Isabel. *Código de Processo Civil Anotado*. Vol. 2º. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2019.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los Hechos em el Derecho: bases argumentales de la prueba*. 3ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.

_____. *Ciencia forense en los tribunales. Los problemas de la deferência y el reto de la educación. Ciencia y justicia: El conocimiento experto en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. Carmen Vázquez Rojas (Coord.). Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.

_____. *Prova e argumentação (I). Decidir sobre os fatos. O Problema de Provar*. Livia Moscatelli (Trad.). São Paulo: Marcial Pons, 2022.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Vol. II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GUEDES, Clarissa Diniz; LEAL, Stela Tannure. *O cerceamento do acesso à prova devido à confusão entre os planos de admissibilidade e valoração do material probatório*. *Revista de Processo* nº 240. São Paulo: RT, fevereiro de 2015.

_____. *Persuasão Racional e Limitações Probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2013.

GUERRA, Marcelo Lima. *Premissas para a construção de um léxico constitucional epistemologicamente adequado em matéria probatória*. 2010. – disponível em: www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4060.pdf.

HAACK, Susan. *Filosofía del derecho y de la prueba: perspectivas pragmatistas*. Carmen Vázquez (Trad.). Barcelona: Marcial Pons, 2020.

HERDY, Rachel; DIAS, Juliana M. *Condenados pela ciência: a confiabilidade das provas periciais*. In: SANTORO, Antonio; MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (Org.). *Desafiando 80 anos de processo penal autoritário*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 735-768.

KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro*. São Paulo: RT, 2017.

LESSA NETO, João Luiz. *Produção Autônoma de Provas e Processo Comparado*. Londrina: Thoth, 2021.

LÓPEZ-CABELLO, Fernando Alday. *La Exclusión de la Prueba Ilícita en España y México*. Barcelona: Atelier, 2020.

MARANHÃO, Clayton. *Standards de prova no processo civil brasileiro*. *Revista Judiciária do Paraná*. Curitiba, n. 17, p. 221-258, maio 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. VI. 2ª ed. 2018.

MARTINS, C.; ÁVILA, T. P. de. A gravação ambiental feita pela vítima de crime: análise da continuidade de sua licitude após a Lei n. 13.964/2019. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, 2022.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El Concepto de Prueba Ilícita y su Tratamiento en el Proceso Penal*. 2ª ed. Cidade do México: IBIJUS, 2018.

_____. *Prueba Ilícita y Regla de Exclusión en el Sistema Estadounidense*: crónica de una muerte anunciada. Barcelona: Marcial Pons, 2019.

MORAES, José Rubens de. *Sociedade e Verdade*: evolução histórica da prova. São Paulo: EdUSP, 2015.

NARDELLI, Marcella Mascarenhas. *A Prova no Tribunal do Júri*: uma abordagem racionalista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

NIEVA FENOLL, Jordi. *La Valoración de la Prueba*. Barcelona: Marcial Pons, 2010.

_____. *Inteligencia Artificial y Proceso Judicial*. Barcelona: Marcial Pons, 2018.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. *Revista de Processo*, nº 285. São Paulo: RT, nov. 2018.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Problemas atuais da livre apreciação da prova. *Prova Cível*. C. A. Alvaro de Oliveira (Org). Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Do Formalismo no Processo Civil*: proposta de um formalismo-valorativo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEIXOTO, Ravi. *Standars Probatórios no Direito Processual Brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2021.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

POUCHAIN RIBEIRO, Pedro Melo. *La Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita*: un estudio comparado desde su origen em EEUU. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

RAMOS, Vitor de Paula. Da Necessidade de Corroboração Probatória para a Reconstrução de Sentidos em Diálogos obtidos por Interceptações Telefônicas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, vol. 7, n. 1, p. 537-566, jan./abr. 2021.

_____. *Prova Testemunhal*: do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2022.

RUÇO, Alberto Augusto Vicente. *Prova e Formação da Convicção do Juiz*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2017.

SILVA, Paula Costa E; REIS, Nuno Trigo dos. *Efeitos Lícitos da Prova Ilícita em Processo Estadual e Arbitral*. Lisboa: AAFDL, 2019.

SOUZA, Miguel Teixeira de. *A Prova em Processo Civil: ensaio sobre o raciocínio probatório*. São Paulo: RT, 2020.

STRECK, Lenio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Lenio Streck. Dierle Nunes. Leonardo Carneiro da Cunha (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2016.

TARUFFO, Michele. *La Prova dei Fatti Giuridici. Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Antonio Cicu, Francesco Messineo e Luigi Mengoni. Vol. III, t. 2, sez. 1. Milano: Giuffrè, 1992.

_____. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*. Cândido Rangel Dinamarco (Trad.). *Revista Forense*, vol. 355. Rio de Janeiro: Forense, maio/junho de 2001.

_____. *Verdad y probabilidad en la prueba de los hechos. Páginas sobre Justicia Civil*. Maximiliano Aramburo Calle (Trad.). Madrid: Marcial Pons, 2009.

_____. *Uma Simples Verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Vitor de Paula Ramos (Trad.). São Paulo: Marcial Pons, 2012a.

_____. *La Prova nel Processo Civile. Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Cicu, Messineo, Mengoni e Schlesinger (Dir.). Milano: Giuffrè, 2012b.

_____. *A Prova*. João Gabriel Couto (Trad.). São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. *La scienza nel processo: problemi e prospettive. Revista de Processo nº 248*. São Paulo: RT, outubro de 2015.

_____. *El concepto de “prueba” en el derecho procesal. Hacia la Decisión Justa*. César E. Moreno More (Trad.). Puno: Zela, 2020.

_____. NIEVA FENOLL, Jordi (Dir.). *Neurociencia y Proceso Judicial*. Barcelona: Marcial Pons, 2013.

TUZET, Giovanni. *Filosofía de la prueba jurídica*. Diego Dei Vecchi (Trad.). Barcelona: Marcial Pons, 2021.

TWINING, William. *La tradición racionalista en el estudio de la doctrina probatoria. Repensar el Derecho Probatorio: ensayos exploratorios*. Paul William Cifuentes (Trad.). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2022.

UBERTIS, Giulio. *Elementos de Epistemología del Proceso Judicial*. Perfecto Andrés Ibáñez (Trad.). Madrid: Trotta, 2017.

VÁZQUEZ, Carmen. *La prueba pericial en la experiencia estadounidense: el caso Daubert. La prueba pericial en el razonamiento probatorio*. Puno: Zela, 2019.

_____. *El diseño normativo de las pruebas periciales, a propósito del razonamiento inferencial de los expertos y la comprensión judicial. Discusiones 24: Prueba pericial La valoración judicial del testimonio experto*. EdiUNS, 1/2020.

_____. La división del trabajo cognitivo en la prueba pericial: el juez, las partes, los peritos y las comunidades expertas. *Discusiones 24: Prueba pericial La valoración judicial del testimonio experto*. EdiUNS, 2020b.

_____. *Prova Pericial: da prova científica à prova pericial*. Vitor de Paula Ramos (Trad.). Salvador: JusPodivm, 2021.

VILLAMARÍN LÓPEZ, María. *Neurociência e Detecção da Verdade e da Mentira no Processo Penal*. Roberto Barbosa Alves (Trad.). São Paulo: Marcial Pons, 2020.

VITORELLI, Edilson. Da educação científica ao consultor técnico pericial: respostas práticas para o problema da análise da perícia pelo juiz. *Revista de Processo*, nº 339. São Paulo, maio de 2023.

WALTER, Gerhard. *Libre Apreciación de la Prueba: investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial*. Tomás Banzhaf (Trad.). Bogotá: Temis, 1985.