

# **REVISTA CEJ**

ISSN 1414-008X  
Ano XXVII  
n. 86, jul./dez. 2023

**Centro de Estudos Judiciários  
Conselho da Justiça Federal**

# 86



**JUSTIÇA FEDERAL**  
Conselho da Justiça Federal  
Centro de Estudos Judiciários



# O PÊNULO DA VERDADE NO DIREITO PROBATÓRIO

## *THE PENDULUM OF TRUTH IN EVIDENTIAL LAW*

Cássio Benvenuto de Castro

### RESUMO

Este artigo aborda o elemento nuclear da tomada de decisão sobre as provas do processo e lança o questionamento: as provas servem para “convencer” o juiz ou para corroborar a hipótese afirmada e resultar em uma probabilidade que aponta à “verdade”?

### PALAVRAS-CHAVE

Direito Processual Civil; cultura; processo; verdade; prova.

### ABSTRACT

*This article addresses the core element of decision-making on evidence in the process and raises the question: does evidence serve to “convince” the judge or to corroborate the stated hypothesis and result in a probability that points to the “truth”?*

### KEYWORDS

*Civil Procedural Law; culture; process; truth; evidence.*

## 1 INTRODUÇÃO

“Contra fatos não existem argumentos” é um ditado popular enganoso no lugar processual. O processo é um método de trabalho para resolver um litígio entre sujeitos geralmente contrapostos. As partes fazem suas narrativas conforme o interesse que possuem no objeto da causa e o juiz aparece como figura estranha e equidistante em relação ao contencioso, para adjudicar ou compor a disputa civil. Logo, os fatos são objetos de conjeturas, contestações, predições e valorações que escapam de um apontamento categórico ou unitário.

“Contra os fatos ocorrem inúmeros argumentos” – o ditado deve ser atualizado para abarcar o equilíbrio dinâmico entre o convencimento do juiz (ou possibilidade de apanhar os fatos pela compreensão) e o realismo de que os fenômenos existem ou não.

O formalismo processual é conformado por diversos valores que convivem em profusão: a segurança jurídica, a efetividade, a pacificação social, a garantia de participação na formação da decisão e a justiça, que são axiologicamente destacados para conferir sustentabilidade ao processo. Essas máximas não se reportam diretamente aos “fatos” da demanda, que são os fenômenos que realmente fazem eclodir um litígio. Isso não quer dizer que o direito coloque os “fatos” em um segundo plano de análise. O problema é que a teoria do processo, seus institutos fundamentais e a normas basilares, por vezes são refratárias à dinâmica de reconstrução dos fatos no lugar processual, privilegiando o que “está na cabeça do juiz”, em vez de priorizar “a corroboração das hipóteses calcadas em provas”.

O ensaio foca no *elemento nuclear da tomada de decisão sobre as provas* do processo: as provas servem para “convencer” o juiz ou elas servem para corroborar a hipótese afirmada e resultar em uma probabilidade que aponta para a “verdade”? Em outras palavras: convencimento versus verdade.

*O formalismo processual é conformado por diversos valores que convivem em profusão: a segurança jurídica, a efetividade, a pacificação social, a garantia de participação na formação da decisão e a justiça [...]*

A primeira modalidade tem o convencimento do juiz como elemento persuasivo imperante para a reconstrução dos fatos da causa. O segundo modelo ultrapassa “além da crença” do juiz, elegendo a “verdade” como um valor processual e que pode ser atingido não apenas no processo, mas em qualquer ciência com um método consagrado (sujeitos a testes e repetível para a confirmação).

Em terminologia contemporânea, a linha visada aparentemente polariza um modelo subjetivo de prova e um modelo objetivo de prova, o que denota a existência de um autêntico pêndulo sobre o pareamento da verdade com as provas do processo. Importante notar que os modelos de funcionamento da prova não são estanques ou unívocos a um formalismo que é produto da cultura, porém, entre eles existe uma imbricação para tratar o procedimento e o resultado da prova, sendo que a verdade não pode ser dispensa-

da no atual quadrante constitucional, “apesar” da inexorável presença do “convencimento”<sup>1</sup> em todas as atividades eminentemente culturais.

## 2 A VERDADE COMO CORRESPONDÊNCIA. POR QUE FALAR EM PÊNDULO?

O direito é produto da cultura em todas as suas vertentes. Existem povos e tradições que ainda na atualidade resolvem suas disputas por intermédio de métodos, a exemplo do combate ou de ordálias, valendo-se de crenças que causam um certo espanto com a racionalidade festejada no mundo ocidental. Isso não desprestigia a verdade, tampouco o modelo de justiça desses lugares pode ser apequenado, apenas assinala que processo e cultura estão conectados e implicados reflexivamente, em especial, no capítulo do direito probatório.

No Brasil, o exemplo do combate às *fake news* é uma situação que desencobre um movimento cultural que não tolera situações fantasiosas. Todas as instituições brasileiras estão empenhadas em reprimir esse tipo de prática, considerando os seus possíveis danos. Fica muito nítido que a verdade é uma questão cultural abarcada pelos nossos agentes jurídicos, um parâmetro muito caro ao Estado Constitucional.

Um exemplo do repúdio às *fake news* pode ser avistado em um simples “meme” da Copa do Mundo do Catar do ano de 2022. Um sujeito mostrou a fotografia de uma mulher nua da cintura para cima naquele país sede da Copa (*topless*), como se fosse uma torcedora comemorando em um jogo das seleções de futebol. A imagem tem os indicativos de que não é verdadeira, levando em conta que naquele país existem diversas restrições quanto às vestimentas das mulheres. No Catar, a indumentária da mulher consiste em um dogma cultural que diferencia os hábitos e normas sociais peculiares no tempo e lugar, pois a mulher que frequentou aqueles jogos não tem a liberdade de se trajar conforme os padrões e costumes ocidentais (em especial, a liberdade dos vestuários no Brasil tropical). A questão não é reprimir ou conceder liberdade à mulher, não se perca o foco do ensaio, mas o problema é repudiar a *fake news*, que se trata de um mascaramento à busca da verdade, um inimigo da verdade. Fica evidente que o direito reproduz uma cultura e o direito probatório segue a mesma orientação da tradição que lhe acolhe.

Nos costumes ocidentais, Ferrer-Beltrán (2021, p. 242/243) comenta sobre uma concepção racionalista da prova, por intermédio da qual podem ser destacados os seguintes requisitos:

(I) a relação teleológica da prova com a verdade, ou seja, a verdade é uma busca que deve tentar ser alcançada;

(II) o conceito de verdade utilizado é a verdade por correspondência<sup>2</sup>, porque existe um mundo real fora do processo que serve de standard máximo de correção da decisão;

(III) as limitações epistêmicas são comuns a todas as searas do conhecimento, considerando que é natural tomar decisão em situação de incerteza, porém, para superar o *gap* entre o fenômeno físico e a compreensão das coisas pelo corpo e mente do sujeito, a epistemologia deve ser pautada por justificações válidas<sup>3</sup>; e

(IV) o raciocínio probatório é necessariamente probabilístico e utiliza a inferência por indução.

A cultura brasileira observa essas diretrizes:

<b>Modelo racional do funcionamento da prova conforme Jordi Ferrer-Beltrán</b>	a relação teleológica da prova com a verdade, ou seja, a verdade é uma busca que deve tentar ser alcançada
	o conceito de verdade utilizado é a verdade por correspondência, porque existe um mundo real fora do processo e que serve de standard máximo de correção da decisão
	as limitações epistêmicas são comuns a todas as searas do conhecimento, considerando que é natural tomar decisão em situação de incerteza, porém, para superar o <i>gap</i> entre o fenômeno físico e a compreensão das coisas pelo corpo e mente do sujeito, a epistemologia deve ser pautada por justificações válidas
	o raciocínio probatório é necessariamente probabilístico e utiliza a inferência por indução

Não adianta modificar diversos dispositivos do Código de Processo Civil se a tendência cultural para observar a prova não tiver a noção da verdade como um pilar externo de sustentação, somada à necessidade de justificação válida para a constatação. Ninguém está defendendo um “objetivismo ingênuo”, mas chamando a atenção para aspectos que fazem a prova ser alavancada a um movimento de sustentabilidade por causa da força imperativa das justificações universalizáveis. Em outras palavras, ainda que o ordenamento jurídico em um ou em outro artigo faça parecer que o “convencimento” do juiz é o que “mais” importa, a cultura decorrente do modelo racional da prova implica um estado de coisas que deve ser seguido. A verdade deve ser buscada “apesar” do convencimento demasiadamente humano do juiz.

A integridade intelectual de qualquer pesquisador pressupõe a busca da verdade. A filosofia comenta sobre a verdade por correspondência, a verdade como coerência, a verdade como consenso<sup>4</sup>, entre outras. Nesse ensaio, não há espaço para discutir a noção filosófica da verdade, mas apenas lembrar que as narrativas processuais se referem a um fenômeno que aconteceu ou não, para tanto, a decisão levará em conta a carga argumentativa das justificações válidas que orientam a racionalidade do discurso.

A dogmática do processo adota geralmente o sentido da verdade como correspondência, uma vez que o mundo real existe e deve ser privilegiada a verdade como virtude, porque, do contrário, poderá se estar defendendo a “inverdade” (em uma ideia alética do termo). Como produto cultural, a verdade oscila no processo civil, como se fosse a figura de um pêndulo, que ora privilegia a verdade, ora privilegia o convencimento do juiz no centro do direito probatório. A questão da polaridade assimétrica chamou a atenção da doutrina, embora “a regulação do procedimento probatório pende para o demonstrativo; o controle do juízo de fato e da fundamentação pende para o persuasivo” (Knijnik, 2007, p. 11). Ou seja, levando em conta a polissemia da prova (prova como meio de prova, como procedimento e como resultado), na prática, cabe arriscar que não existe um modelo puro<sup>5</sup>.

A relação entre a verdade e a prova nem sempre foi atributiva de sentidos, tanto no plano filosófico como no plano da analítica jurídica. Em realidade, os processualistas foram influenciados por Alessandro Giuliani, que, estudando a tradição do formalismo processual, separou em duas correntes as implicações entre verdade e prova.

De um lado, o autor assevera que o modelo persuasivo de procedimento probatório foi manuseado na idade média, sendo típico de um processo simétrico, cujo ponto de partida era a imbricação (mistura) entre o fato e o direito, com a prova cumprin-

do a função de um argumento retórico. O resultado do achado judiciário não seria a verdade bruta, substancial ou com pretensão de correspondência ao mundo real. Quando o juiz adjudicava a reconstrução dos fatos, ele indicava uma probabilidade, uma tendência de verdade, uma relação teleológica das provas com a verdade (algo que é perfeitamente utilizado atualmente). Alessandro Giuliani (1988, p. 600) refere que a divisão do conhecimento entre as partes, por intermédio da retórica, servia como remédio contra a falibilidade do juízo. A técnica probatória utilizada inseria no processo a civilidade e a lógica, aspectos da democratização do conhecimento, o que pressupunha a confiança na capacidade da razão<sup>6</sup> humana de conhecer o passado por intermédio dos estados mentais dos sujeitos debatedores.

Em contrapartida, diferente do modelo persuasivo, as fontes referem que o modelo demonstrativo de provar foi típico da idade moderna e trabalhava as evidências como uma razão para encontrar uma verdade cartesiana, tendo como ponto de partida a separação ortodoxa entre fato e direito. O marco histórico dessas implicações decorre da assunção do caráter estatal da jurisdição, oportunidade em que o selo de autoridade da decisão não poderia ser questionado, porque atendia aos anseios matemáticos ou de uma lógica pressuposta ao diálogo entre as partes. Nicola Picardi (1987, p. 113) salienta que a passagem do “*iudicium*” (idade média) para o “*processus*” (idade moderna) representou uma transição da velha lógica retórica para um pensamento de ordem matemática e assertivo, que não poderia ser questionado pelos sujeitos parciais da demanda. A autoridade do Estado se fazia presente, de maneira assimétrica (geométrica), para definir a questão probatória do processo com fundamento na autoridade do poder central. O resultado disso seria a solução categórica da verdade, que acabou sendo denominada verdade demonstrativa. O processo moderno, assimétrico em seu formalismo, abarcou a maneira de observar o resultado da tomada de decisão sobre a prova como uma relação conceitual entre prova e verdade – considerando que não se cogitava a hipótese de falibilidade na decisão<sup>7</sup>, afinal, o “Estado não erra”.

A constitucionalização do direito fundamental à prova emplaca a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. Logo, não basta ter um procedimento qualquer ou um apanhado de conceitos que se refiram ao resultado na leitura da prova. O ordenamento jurídico deve ser compreendido como um modelo racional<sup>8</sup>, cognitivista, que busca a verdade por intermédio da probabilidade, possui standards externos como parâmetro e os atores do processo atuam em cooperação. O juiz deve atuar com alma e com calma na avaliação da prova,

ponderando com humildade e deferência os argumentos contrapostos. Portanto, fica nítido que “verdade” e “convencimento” devem conviver. A grande questão é dotar o sistema e o controle da decisão de critérios que não permitam que a mera vontade do juiz subjugu a verdade firmada por convicções válidas e tendentes à universalização.

O Código de Processo Civil reflete, de alguma maneira, a clássica distinção elaborada pela reconstrução histórica de Alessandro Giuliani. Afinal, os dispositivos apresentam uma nítida oscilação entre um modelo conceitual e um modelo teleológico, entre prova e verdade. Melhor falar, em tempos atuais, em um modelo objetivo de prova e um modelo subjetivo de prova<sup>9</sup>, para fixar a polarização catártica entre verdade e convencimento do juiz.

atualmente deve se adaptar a um mundo e a uma tecnologia em contínua e célere transformação.

Nos dias atuais já não se fala comumente em modelo demonstrativo ou modelo persuasivo do procedimento probatório. A discussão superou a terminologia de Alessandro Giuliani e hoje fala sobre a figura central da tomada de decisão sobre as provas no processo – convencimento versus verdade. Portanto, melhor elaborar uma relação entre o funcionamento subjetivo (marcado pelo convencimento do juiz no foco do problema) e o funcionamento objetivo da prova (marcado pela relação entre hipóteses e provas no centro do problema).

Código de Processo Civil	
Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: I – <b>expor os fatos em juízo conforme a verdade;</b>	Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da <b>formação de seu convencimento.</b>

Parece o jogo do “telefone sem fio”. O primeiro interlocutor sabe a verdade, mas na medida em que a mensagem vai transitando ao largo do processo, somente se fala em convencimento. Existe integridade ou uma racionalidade de coordenar as coisas jurídicas nessa narrativa? O processo é coisa séria e os enunciados probatórios geralmente se reportam a fatos ocorridos no passado. Logo, a verdade deve estar presente em todos os desdobramentos, tanto do procedimento quanto do resultado do fenômeno probatório.

A doutrina costuma dizer que a diferença entre modelo persuasivo e modelo demonstrativo é o caráter estatal do procedimento e a respectiva assimetriação do esquema do processo. O que mais chama atenção, porém, é o que Karl Popper (2010, p. 118/9) chama de problema da “demarcação ou do falseamento”. Afinal, somente existe ciência qualificada se os respectivos enunciados podem ser testados, quer dizer, confrontados por hipóteses com pretensão de derrotabilidade ou diferenciação, e as ideias supostas acabarem sendo confirmadas ou refutadas. Na modalidade da Idade Média, a prática persuasiva não afastava de plano a intenção de discussão, mas essa noção não era admitida na Idade Moderna (porque o “Estado não erra”).

Ocorre que hoje está assentado que a verdade tem a probabilidade em seu conteúdo. Por isso se fala que o sistema probatório tem relação teleológica com uma verdade como correspondência, atuando com justificações válidas para as alegações sobre os fatos. A tarefa da comunidade de trabalho é construir um contexto suficiente de provas que respaldem determinada situação. O modelo cooperativo de processo civil, francamente, ajusta uma proliferação de atos e diálogos no sentido de elaborar os possíveis falseamentos da verdade, nos dizeres de Karl Popper, para avistar e evitar a margem de erro<sup>10</sup>. Assim, a característica marcante que diferencia as tradições no referente ao modelo probatório é o senso do achado categórico, que não

### 3 O PROBLEMA DA VERDADE NO PROCESSO CIVIL (SOBRE O MODELO SUBJETIVO DE FUNCIONAMENTO DA PROVA)

A dogmática do processo civil rendeu atenção à sistematização das regras sobre o direito probatório e na conceituação de institutos que podem ser manejados ao largo do procedimento. O legado da Idade Moderna, portanto, repercute o *jusestatalismo* (Zagrebel'sky, 2009, p. 22/4) e a codificação, tendo como objetivo organizar conceitos (as coisas jurídicas) de maneira que pudessem emprestar uma pressuposta calculabilidade aos desdobramentos inerentes à reconstrução dos fatos da causa de maneira institucionalizada. Porém, não adianta modificar a legislação e trabalhar na dicotomia do lícito-ilícito se a cultura ou a maneira de analisar as questões referentes às provas do processo permanece arraigada a decisionismos. O capítulo do processo civil em direito probatório se tornou deveras conceitual e repleto de dispositivos que pretendem elaborar uma espécie de “sistema fechado” em tipos inexoráveis<sup>11</sup> – na esperança de que a modulação afastasse o solipsismo e mitigasse a própria valoração da prova pelo juiz.

A preocupação do jurista não se encontrava nos fatos, nas alegações dos fatos, tampouco na verdade, mas em como fazer encaixar as narrativas dos sujeitos processuais em normas positivadas no ordenamento<sup>12</sup>. Possível dizer que os clássicos reputavam o processo como um método de trabalho para resolver conflitos e pacificar com justiça, sendo que a verdade assumiria um plano orbital. De qualquer maneira, ninguém pode negar que a verdade também é uma “máxima” ou um “valor” que precisa ser sopesado com a segurança jurídica e com a efetividade para que se obtenha um processo justo.

Tratar da verdade não se limita ao processo civil – a concatenação entre proposições e a tomada de decisão reclama a intervenção da teoria do conhecimento. O primeiro problema apresentado já denota essa impostação, sendo que os demais permanecem em um “limbo” que pretende ser jurídico, porém,



em realidade, estão mergulhados impreterivelmente na filosofia que manuseia as justificações racionais (seção da epistemologia como teoria que estuda a obtenção do conhecimento).

**1º problema:** A impossibilidade de apreender o objeto em sua totalidade.

O conhecimento total e onisciente sobre determinado fenômeno é algo utópico. De maneira pragmática, o processo trabalha com a aproximação à verdade (Castro, 2021, p. 66/7). Ocorre que o modelo subjetivo de funcionamento da prova se vale de aspectos inerentes à pessoa do juiz para dizer que, na hipótese de não conseguir avistar a “macrolide”, ele pode se reputar convencido pela “certeza” ou “crença” que leva à resolução do conflito, segundo Carnelutti (1998, p. 607).

O autor italiano assinala o exemplo de uma moeda, em que o sujeito conhece a “cara”, mas desconhece a “coroa”. Pairando uma dúvida pertinente sobre a tomada de decisão, ele deve escolher conforme os padrões que abalizam a certeza apreendida do processo, o que ressalta o caráter subjetivo da solução. A doutrina (Marinoni, 2019, p. 39) refere que mesmo o juiz mais escrupuloso e atento se submete ao indelével recorte do todo, que é próprio da natureza humana, ou seja, aquilo que se observa é apenas aquilo que parece ser visto. Não seria a suposta verdade, mas uma verossimilhança ou aparência de como os fenômenos aconteceram. Prosseguindo com mais um conceito auxiliar ao modelo subjetivo do funcionamento da prova – a verossimilhança, aquilo que geralmente acontece com base no senso comum, pode sofrer variações ou manipulações<sup>13</sup> subliminares, até o ponto de se descolar completamente da verdade e afundar em intuícionismos.

A questão é que a verdade não precisa ser total para legitimar a solução de um litígio, mas basta uma verdade suficiente à guisa da corroboração das provas amealhadas no processo. Isso é resolvido com a pressuposição da probabilidade para concluir pela verdade. Esse contexto de tendência de verdade se vale de justificações válidas para resultar na reconstrução dos fatos.

**2º problema:** A maneira formalista de pensar sobre as provas.

O raciocínio probatório tem caráter refratário à tradição do ensino do direito analítico probatório brasileiro, tendo em vista a dificuldade de aprisionar o “juízo de fato” à estrutura das regras legais (Knijnik, 2007, p. 3). Com efeito, o positivista pensa a partir das regras legais para o fato (*rule centered*), revelando um paradigma formalista<sup>14</sup>.

Por esse legado, “o vício conhecido na teoria do direito como formalismo ou conceptualismo consiste numa atitude perante as normas formuladas verbalmente que busca, após a edição da norma geral, simultaneamente disfarçar e minimizar a necessidade de escolha” (Hart, 2012, p. 168). Isso justifica a permanência da teoria de Alessandro Giuliani, por intermédio da qual a tradição elabora uma autêntica dicotomia para explicar a relação entre verdade e prova – um modelo persuasivo (relação teleológica entre prova e verdade) e um modelo demonstrativo (relação conceitual entre prova e verdade).

A identificação desses modelos às instituições de poder da Idade Média e da Idade Moderna (respectivamente) de alguma forma encobria o que hoje prevalece no estudo do funcionamento da prova. Atualmente, existe uma contraposição entre a ideia da vontade do julgador (convencimento) como núcleo

da atividade probatória e a ideia que trabalha com a verdade e com a corroboração de hipóteses de justificações válidas como núcleo da atividade probatória. Com essa nova impostação das coisas jurídicas, que leva em conta conceitos e instituições jurídicas, torna-se possível avistar o umbral de tendências limitrofes no próprio interior dessa experiência formalista, viabilizando pensar no “erro” na tomada de decisão – desde que seja adotado o modelo racional ou objetivo do funcionamento da prova.

**3º problema:** O inevitável subjetivismo na feita e na leitura das provas (*gap* entre o mundo real e a compreensão-linguagem).

Uma testemunha idosa avistou um rapaz e disse que ele passou correndo muito rápido. Outra testemunha ocular, pessoa de menos idade, referiu que o sujeito estava apenas praticando uma marcha atlética. Uma terceira testemunha, que é um corredor profissional, assinalou que o sujeito sequer estava correndo, mas aquecendo para a prática de algum exercício físico.

O singelo exemplo explicita que um fenômeno pode ser interpretado de diversas maneiras, a depender da vivência do observador. Na prática da jurisdição, isso acontece frequentemente em acidentes de trânsito<sup>15</sup>. Segundo a doutrina, a “reconstrução de um fato ocorrido no passado sempre vem influenciada por aspectos objetivos das pessoas que o assistiram, ou ainda do juiz, que há de valorar a evidência concreta. A interpretação sobre o fato – ou sobre a prova direta dele derivada – altera o seu real conteúdo, acrescentando-lhe um toque pessoal que distorce a realidade. Mais que isso, o julgador (o historiador, enfim, quem quer que deva tentar reconstruir fatos do passado) jamais poderá excluir, terminantemente, a possibilidade de que as coisas possam ter-se passado de outra forma” (Marinoni; Arenhart, 2019, p. 35).

*A constitucionalização do direito fundamental à prova emplaca a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. Logo, não basta ter um procedimento qualquer ou um apanhado de conceitos que se refiram ao resultado na leitura da prova.*

O contato do evento com a pessoa que transmite a informação sofre essas oscilações. Em decorrência desse fator “humano” das impressões sobre o mundo real, o juiz é o sujeito menos informado do processo, é o sujeito que mais sofre com as narrativas tendenciosas das partes. Nesse sentido, a doutrina se vale de conceitos de natureza subjetiva para assegurar a validade dos recortes factuais.

Os comentaristas falam em certeza sobre o fato ou em verossimilhança sobre o fato, situações que acenam uma aproximação razoável e humana da observação em relação ao contexto probatório apresentado. Por isso que respeitável corrente defende a prevalência do “convencimento do juiz” ou “persuasão do juiz” acima da “busca da verdade” no processo, tendo em vista que os aspectos objetivos da verdade são *deturpados pela indelével intervenção humana em todos os desdobramentos da produção da prova*.

Em síntese, o modelo subjetivo de solução probatória

(Marinoni; Arenhart, 2019, p. 62) coloca o “juiz no centro do problema probatório. Como destinatário final da prova, é ele quem deve estar convencido da validade (ou não) das proposições formuladas”, ou seja, possível dizer que se trata de um resquício da colocação do instituto da Jurisdição no núcleo da teoria do processo<sup>16</sup>, que repercute efeitos para todas as fases do procedimento probatório. Com base nesse modelo, por exemplo, que o juiz não admite prova por já estar “convencido”, assim como ele pratica “subvalorização” de itens que não o “convencem” e “supervalorização” de provas que o “convenceram”. O resultado desse modelo de pensar a prova praticamente exclui a figura do “erro” de julgamento, afinal, o juiz é o autêntico “dono da verdade” em um sistema por intermédio do qual o “Estado não erra”.

#### 4 EM ESPECIAL: O CONTEÚDO E O ALCANCE DA VERDADE NO PROCESSO CIVIL (MODELO OBJETIVO DE FUNCIONAMENTO DA PROVA)

Além da polissemia na conceituação da prova (procedimento, meio de prova e resultado), em termos práticos, a prova consiste em um elemento relacional entre o mundo real (verdade) e a tomada de decisão. O raciocínio elaborado pelo juiz leva em conta a trilogia “hipótese ↔ meio de prova ↔ decisão”, sendo que qualquer ranhura em um desses elementos compromete a totalidade do achado. O problema de um modelo criterioso sobre a prova está em considerar a finalidade da prova como a tarefa de “convencer o juiz”, uma ideia persuasiva, que permanece indiferente à verdade e ao próprio erro de julgamento – não existindo um parâmetro objetivo de controle da avaliação sobre prova, impossível cogitar a respeito de *standards*, tampouco assinalar que houve erro de julgamento (afinal, a intimidade do convencimento do juiz é que determina a solução na reconstrução dos fatos em direito processual)<sup>17</sup>.

Em contraponto ao “problema” do convencimento judicial, que serve de fundamento para a verifobia, o modelo objetivo de prova tem como critério externo a verdade como correspondência, segundo a qual o mundo real existe (Dallagnol, 2018, p. 35), a verdade externa ao processo existe ou não existe. Óbvio que a verdade pode ser apresentada por narrativas e a perspectiva do *storytelling* pode fazer parecer o seu conteúdo dissonante da verdade propriamente dita. Entretanto, para além das narrativas, a teoria da correspondência vem reforçada pelo tratamento da verdade no lugar processual por intermédio de justificativas válidas respaldadas em provas suficientes. Uma ideia alética da verdade, ou seja, dizer que é mera correspondência poderia incorrer em um realismo ingênuo. Todavia, é crescente a defesa por uma dimensão epistêmica do modelo probatório, que deve se estruturar em normas de lógica e de racionalidade (Taruffo, 2012, p. 101).

O sentido da verdade como correspondência aparece adensado pelo sentido da verdade como resultado de justificativas válidas.

Michele Taruffo esclarece diversos pontos que assinalam a necessidade de a verdade ser um “valor” para uma decisão justa. Em primeiro lugar, o mundo real existe, assim como um determinado evento pode ser resolvido com uma solução verdadeira ou falsa, o que ele afirma ser uma ideia alética da verdade. Em segundo lugar, Michele Taruffo (2012, p. 102/3)<sup>18</sup> não deposita todo o encargo da verdade no objeto ou no fato que aconteceu. Quer dizer, não se trata de uma noção ôntica da verdade, mas

o mais palpável é reunir as justificas válidas que pressupõem a verdade de um enunciado, enquanto noções pertinentes e intersubjetivamente aceitas. A teoria da correspondência não aparece sozinha, mas deve ser reforçada pela teoria da coerência – uma proposição é reputada verdadeira se o seu desdobramento não apresenta incongruências ou contradições que resultem em ponto de inflexão, para, então, chegar-se à probabilidade da verdade. A coerência acaba sendo o alcance do conteúdo da verdade.

**1ª premissa:** a parcialidade e falseabilidade do conhecimento dos fenômenos é pertinente a todas as ciências.

A verdade não é desconstruída com o argumento de que o processo civil alcança uma verdade antigamente denominada formal, atualmente, chamada de uma verdade factível. O importante é ponderar que as opiniões, as convenções ou as crenças pessoais do julgador não pautem a verdade, porque se trata de identificar um acontecimento em termos de fenômeno real do mundo civilizado. Sendo tendencialmente objetiva, mas sofrendo com as limitações espaciais, temporais, conceituais, entre outras, alguém até pode dizer que a verdade no lugar processual é reputada “formal”, mas isso não deixa de fazer com que o achado conte com a força epistêmica de ser uma probabilidade em direção à verdade alavancada por justificativas encadeadas. Existe alguma dose de “variação” do conhecimento da verdade quando as provas experimentam diferentes contextos.

Quer dizer que um fato pode acontecer no mundo fenomênico, mas não se alcançar a prova no processo. Assim como um fato pode ocorrer de determinada maneira, porém não haver prova sobre essa modalidade de evento. Em síntese, algo ser “tido como provado no processo” não é o mesmo que dizer que “algo é verdadeiro”. Pode ocorrer “falso positivo” ou “falso negativo”, porque o processo é um produto da cultura humana. Na medicina, na engenharia, na farmácia e em outras ciências mais exatas também podem ocorrer as conclusões “falsas”. O direito é ciência humana por essência, logo, pode apresentar essa disparidade, sem que seja afetado o modelo objetivo de provar.

Na linguagem de alguns processualistas, a possibilidade do falseamento permite dizer que o método ou técnica empregada implica uma verdade formal, porém, *não deixa de ser uma verdade objetiva*<sup>19</sup>, *considerando que é despida de preferências subjetivas e individuais do juiz, sendo embasada em critérios e lógicas racionalmente ponderáveis pelos sentidos*. Seja no processo civil, no processo penal ou nos prazos curtos do processo eleitoral, a verdade existe, mas ela é objetiva e pode ser denominada formal “dentro do processo”, na medida em que não avalia todos os aspectos do fenômeno investigado, naquilo que o contexto permite. A verdade é “relativa às provas” do processo, segue o ritmo e o método das provas, com foco nos encadeamentos entre as proposições, nem por isso deixa de ser verdade, tampouco perde seu conteúdo epistêmico – apenas acompanha a cultura e o contexto.

**2ª premissa:** a imbricação entre fato e norma.

O fenômeno de um aborto de um anencefálico é compreendido de uma maneira por um biólogo e de outra maneira por um jurista. Significa que “um fato é *juridicamente relevante* (no jargão estadunidense: *material*) quando corresponde ao tipo de fato definido pela regra jurídica” (Taruffo, 2012, p. 61). Operadores do direito pensam sobre os fatos na perspectiva das

normas, vale dizer, o conhecimento prévio ou o padrão normativo influencia no modelo de raciocínio sobre prova.

Eros Roberto Grau (2017, p. 28, 33, 46) pontua que “não nos limitamos a interpretar (=compreender) os textos normativos, mas também compreendemos (=interpretar) a realidade e os fatos aos quais o direito há de ser aplicado”. Ocorre uma circulação hermenêutica entre fato e norma, entre problema e hipótese, entre parte e todo o contexto. Por isso que o produto “da interpretação é a norma expressada como tal, mas ela (a norma) parcialmente *preexiste*, potencialmente, no invólucro do *texto*, invólucro do *enunciado normativo*. Ela se encontra apenas parcialmente nele involucrada, porque a realidade também a determina” de maneira indissociável. “A norma não é apenas o *texto normativo* nela transformado, pois resulta do conúbio entre o *texto* e a *realidade*”.

A norma não é objeto de singela cognição do intérprete, mas resulta de uma atividade criativa do operador na perspectiva do ordenamento escrito e dos fatos da realidade. O texto dos dispositivos é objeto da compreensão conjugada com a realidade, em uma profusão em que a pré-compreensão interage com as possíveis hipóteses de trabalho que respondem aos supostos problemas. Friedrich Müller alerta que a norma jurídica não pode ser compreendida como um juízo hipotético, como se o texto (suporte fático) fosse meramente justaposto ao preceito, sem que houvesse uma relação entre eles. O autor refere que a norma é mais do que um enunciado de linguagem que está no papel, a sua “aplicação” não pode se esgotar somente na interpretação de um texto. Muito pelo contrário, trata-se da concretização referida ao caso, dos dados fornecidos pelo programa da norma, pelo âmbito da norma e pelas peculiaridades do conjunto de fatos. Ou seja, a partir do conjunto de fatos do caso se destacam como essenciais ao caso *aqueles* elementos que cabem no âmbito da norma. Programa da norma e âmbito da norma são, portanto, interpretados no mesmo processo da formação de hipóteses sobre a norma com vistas ao caso concreto e, no decurso desse processo, não raramente modificadas, clarificadas e aperfeiçoadas (Müller, 2005, p. 46).

As percepções e ideologias que servem como pré-compreensões para adentrar o círculo hermenêutico não consistem em dogmas adstritas ao julgador – do contrário, tudo o que se fala sobre o modelo subjetivo valeria como crítica ao modelo objetivo. Nessa hipótese, a pré-compreensão levaria o apelido pejorativo de preconceito. “O preconceito só é compreendido a partir da estrutura de antecipação do compreender. Por conseguinte, o famoso círculo hermenêutico não passa da sombra projetada, sobre o plano metodológico, dessa estrutura de antecipação. Qualquer indivíduo que tenha compreendido isso sabe, doravante, que “o elemento decisivo não consiste em sair do círculo, mas em penetrar nele corretamente” (Ricoeur, 2008, p. 42). A compreensão antecipada do problema consiste em um movimento da tradição<sup>20</sup> em relação ao intérprete. Em outras palavras, a noção de aceitação geral é a primeira de todas as condições hermenêuticas para uma pré-compreensão livre de subjetivismos tendenciosos<sup>21</sup>.

**3ª premissa:** o contraditório como critério e metacritério para o reforço probatório.

As partes apresentam suas narrativas com base no interesse que almejam atingir (*rule centered*)<sup>22</sup>. O juiz é uma figura estra-

nha ao inicial conhecimento do objeto do processo, logo, ele deve estar atento a todos argumentos suscitados pelos sujeitos parciais. O contraditório serve como critério e como metacritério (critério sobre os demais critérios) para o achado da verdade. Observando o direito de influência e o direito de não surpresa, o julgador deve rebater todos os fundamentos alegados pelas partes<sup>23</sup>.

O modelo colaborativo de processo implica uma comunidade de trabalho para a reconstrução dos fatos. A participação conjugada entre as partes e o juiz, com a ressalva de um contraditório forte (artigos 5º, 6º, 7º, 10º), bem assim algumas inovações nos meios de prova e nos procedimentos, todas elas foram organizadas para conferir uma sinergia que melhor alavanque alcançar a probabilidade dos fatos. Desde a instrução, o sistema jurídico pondera essa preocupação, reunindo práticas sobre práticas ou práticas de segundo grau, antevistos até nas inferências legais, para um escalonamento helicoidal de previsibilidade na tomada de decisões.

Evidente que o ambiente contencioso não se traduz em uma vontade de dizer a verdade por parte dos sujeitos parciais da demanda. De outro lado, a profusão argumentativa fornece subsídios valiosos para o juiz não perder o foco operativo na reconstrução dos fatos – com o decorrente esforço para evitar o erro de julgamento. O contraditório material não resolve todos os problemas sobre o conteúdo da tomada de decisão sobre a prova, mas estrutura uma metodologia de trabalho que amplifica a visão do magistrado e vincula um alcance positivamente assentado, porque o juiz tem a responsabilidade de responder aos fundamentos debatidos, com força no art. 489, § 1º, do CPC.

Em resumo, o conteúdo e o alcance da probabilidade estão diretamente ligados à desenvoltura de um contraditório forte<sup>24</sup>, transparente e que remete à responsividade e à responsabilidade do juiz no momento de elaborar a decisão. Finalmente, possível trabalhar a ideia de falibilidade na tomada de decisão sobre os fatos, a partir da apreensão de standards de prova como parâmetros de julgamento. O juiz não pode desconsiderar uma prova alegando que já valorou o contexto, assim como não pode “subvalorar” ou “supervalorar” uma evidência de maneira tácita, valendo o standard como heurística de suficiência da prova (ou grau de corroboração da hipótese) que permite dizer que algo está “provado no processo”.

### 5 O PÊNDULO DA VERDADE NO DIREITO PROBATÓRIO (TENDÊNCIA POR UM MODELO RACIONAL NA TOMADA DE DECISÃO SOBRE AS PROVAS)

A doutrina reitera que o processo civil é produto da cultura, assim como o capítulo referente ao direito probatório. Assim, é natural que a evolução do Estado e das instituições – a evolução da civilidade – implique diferentes modelos de funcionamento da prova. A tradição é reflexiva dessas variações, razão pela qual puderam ser observados uma relação “conceitual” entre prova e verdade, tanto quanto uma relação “teleológica” entre prova e verdade.

O art. 369 do Código de Processo Civil, na prática, aproxima esses dois modelos, ao pontuar que “as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”. Com efeito, o dispo-



sitivo literalmente reporta que “verdade” e “convicção” acabam sendo indissociáveis no tratamento da prova no processo.

Isso não quer dizer que o processo brasileiro adota um esquema eclético. O importante é que todas as construções culturais, estando o processo entre elas, possuem uma dose de subjetivismo que lhe é inafastável. A inteligência artificial não acabará com essa imbricação entre o funcionamento subjetivo e o funcionamento objetivo da prova. A questão é transferir o foco ou a tendência para a relação entre proposições probatórias<sup>25</sup>, como se a decisão fosse um discurso universalizável, porque é razoável, na medida em que qualquer pessoa, na condição de juiz, “aceitaria” a conclusão adjudicada. A ideia é que a tomada de decisão não seja algo “pessoalizável” ao juiz “X”, “Y” ou “Z”, porém, seja reflexo de uma racionalidade aceita pela tradição.

O núcleo das decisões em direito probatório não pode ser a convicção do juiz como algo personalizado – pelo menos, no modelo cooperativo festejado pelo sistema brasileiro. Se outrora havia a distinção entre modelo demonstrativo e modelo persuasivo de prova, atualmente, é possível separar um modelo racional ou recheado pela epistemologia, sendo que de outro lado existe um modelo retórico (mais compatível com o modelo adversarial norte-americano). Este texto não é cego em relação aos *lobbies* que trafegam pelas sombras das cúpulas do poder, tampouco esquece as pressões que existem perante os órgãos Judiciário, incorrendo em uma autêntica politização da justiça civil. Uma inteligência mediana é capaz de perceber que muitas decisões acabam sendo tomadas por “convicções” hauridas por empréstimos de figuras consequencialistas ou decorrentes de uma perfunctória análise econômica ou eficientista do direito (para não dizer outra coisa).

O ceticismo prático dos operadores pode infirmar a ideia proposta. Ocorre que em um panorama acadêmico, o interessante é pontuar os caracteres de um modelo racional ou de um funcionamento “tendencialmente” objetivo da prova<sup>26</sup>:

As expressões utilizadas no art. 369 do CPC – verdade dos fatos e convicção do juiz – desencobrem uma “reflexidade”. Vale dizer, não existe um sistema puro, mas o ideal é racionalizar a tomada de decisão sobre as provas por um funcionamento objetivo da engrenagem. Possível falar em modelo racional ou em uma funcionalidade epistêmica<sup>27</sup>, naquilo que a natureza das impressões humanas permite.

O conteúdo do modelo de procedimento probatório (atividade) e do modelo de prova (resultado) é ainda mais textualmente carregado para o lado proposto com a força normativa do princípio da cooperação. Em consequência, o alcance dessas ponderações reflete em uma sedimentação do contraditório material em benefício da busca pela probabilidade da verdade, o que deve ser explicado na justificação da decisão sobre as provas – “apesar” da convicção do juiz.

### 6 CONCLUSÃO

Os fenômenos existem ou não no plano da vida. O processo é produto da cultura, trata-se de uma construção da racionalidade do homem. Logo, para um evento ser “tido como provado”, no lugar processual, é necessário que haja uma relação entre a hipótese, os meios de prova e as proposições que implicam uma probabilidade de verdade sobre os acontecimentos.

A tradição pode privilegiar um regime “mais adversarial ou persuasivo” ou “mais cartesiano ou demonstrativo” no que se refere à relação entre provas e verdade. O art. 369 do Código de Processo Civil brasileiro fala que os sujeitos processuais devem “provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”. Existe uma lacuna (*gap*) inexorável entre um fato ontologicamente considerado e a percepção desse fato pelo ser humano (assim como existe essa lacuna em relação à linguagem). Quer dizer, sempre haverá alguma dose de subjetivismo na tomada de

<b>modelo racional na tomada de decisão sobre as provas do processo (modelo objetivo de funcionamento da prova)</b>	as provas e o encadeamento entre as proposições importam mais que a crença do juiz, ou seja, a decisão deve ser tomada “apesar” da convicção do juiz
	a análise das provas é cognitiva e racional, valendo-se da probabilidade indutiva e desprezando intuicionismos e crenças desarrazoadas
	as regras de experiência, as presunções, as regras técnicas e os padrões normativos influenciam na tomada de decisão do juiz, assim como as regras de convivência prática também importam nas decisões corriqueiras da vida em sociedade
	a tomada de decisão em situação de incerteza é fato ordinário na vida das pessoas, assim, o conhecimento do juiz é contextual, embora tenha limites conforme as regras do ordenamento. Mas não por isto ele corre o risco de ser reputado injusto – o importante é alcançar um “standard” que permita dizer que algo é tido como provado porque as hipóteses foram corroboradas de acordo com o cenário apresentado no processo
	a decisão deve ser justificada de maneira racional, por intermédio de argumentos palpáveis, consistentes e coerentes entre si, passíveis de controle intersubjetivo. Não são válidos comentários intuitivos ou adstritos à consciência íntimas do julgador
	o diálogo processual é um metadiscurso que reforça a densidade da unidade fática-normativa que está sendo testada no processo – para resultar em um achado “tipo por provado”
	as limitações à cognição do juiz, por ocasião de regras de privilégio, não afetam a racionalidade do modelo sugerido

decisão sobre as provas de um processo – porém, isso deve ser efetuado de maneira racional, coerente, como se fosse uma justificação adotável por qualquer pessoa tecnicamente preparada para efetuar o julgamento.

O modelo objetivo do funcionamento da prova busca reportar a probabilidade da verdade “apesar do convencimento do juiz”.

#### NOTAS

- O convencimento que se fala em termos de avaliação da prova é no sentido de “aceitação”, considerando o caráter voluntário e contextual desse movimento (Ferrer-Beltrán, 2017, p. 97). A filosofia e, mais especificamente, a epistemologia não assinalam para um objetivismo absoluto, no qual os fatores que afetam a cognição da pessoa não tem importância – não é isso que se trata. Porém, o modelo objetivo de funcionamento da prova trabalha com uma realidade que aconteceu no mundo da vida e procura, por intermédio de justificações válidas, provar o encadeamento analítico de provas que reconstruam essa situação.
- Cada enunciado sobre os fatos é verdadeiro por corresponder, ou não, ao fenômeno vivenciado no mundo real. Porém, isso não quer dizer que a relação entre observador e objeto seja totalmente objetiva, sem interferências dos atalhos dos modelos mentais do ser humano que analisa o fato e a prova. A solução prudente para preservar o quanto possível a ideia da verdade por correspondência é coligar a sua utilização ao movimento das justificações válidas (*warrant assertibility*), que conferem uma aparência de tendente objetividade à inerente condição “subjéctiva do corpo, mente e linguagem” do ser humano perante qualquer problema da existência (Tartuffo 2012, p. 101).
- Ferrer-Beltrán assinala que nunca um conjunto de elementos de juízo, por mais rico e fiável que seja, poderá alcançar certezas absolutamente racionais, ou seja, não afetadas de alguma forma pela psicologia e pela subjéctividade. Afinal, todos os fenômenos acontecem ou não acontecem no plano da vida, mas o ser humano somente consegue extrair as noções de entendimento sobre os fatos por intermédio de um contexto de incerteza que depende das impressões pessoais sujeitas a oscilações decorrentes do contexto de incerteza (Ferrer-Beltrán, 2021, p. 18).
- A filosofia repercute diversas teorias sobre o sentido da verdade. A teoria da coerência entende que a verdade consiste em um conjunto de crenças que se autorrelacionam como um sistema autopoietico. A teoria da correspondência assinala que a verdade não é uma relação com outra proposição, mas uma ligação com o mundo dos fatos. A teoria pragmatista acaba reunindo as duas ideias, porque a verdade depende de um referencial externo, mas que sobrevive ao teste da coerência das crenças em um ambiente de experiência real (Haack, 2002, p. 127/9).
- “*Sarebbe forse eccessivo, a questo riguardo, ritenere che esista un modello epistemologico definito, unitario e comune ai vari sistemi, Va però rilevata l'esistenza di tendenze convergenti, che muovono da presupposti di método sostanzialmente omogenei.*  
*A fronte di ciò, occorre invece considerare che al livello istituzionale, ossia di disciplina giuridica della prova e del procedimento probatorio, opera una serie di varianti, che hanno peso e contenuto diverso nei vari sistemi, e che quindi determinano l'esistenza di diversi modelli <legali> della prova.*” Em tradução livre: “Seria talvez excessivo, nesta visada, acreditar que existe um modelo epistemológico definido, unitário e comum aos vários sistemas, mas há que notar a existência de tendências convergentes, que partem de pressupostos metodológicos substancialmente homogêneos. Perante isto, importa antes considerar que ao nível institucional, ou seja, da disciplina jurídica da prova e do processo probatório, existe uma série de variantes, que têm peso e conteúdo nos diversos sistemas, e que por isso determinam a existência de diferentes modelos <legal> do julgamento” (Taruffo, 1990, p. 444).
- “*Il passaggio da un sistema di prove irrazionali all'ordo iudicarius non sarebbe stato possibile senza l'assimilazione di quella logica del probabile, legata alla tradizione tópic-retorica*”. Em tradução livre: “A passagem de um sistema de provas irracionais para o *ordo iudicarius* não teria sido possível sem a assimilação dessa lógica do provável, ligada à tradição tópic-retórica”. GIULIANI, Alessandro. Prova in generale. *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, p. 533. A importância do momento cultural é monumental, porque, na idade média, havia uma

sociedade “simétrica”, sem verticalização de autoridades que se auto-proclamavam como detentores de “dizer a verdade”. Nesse ambiente, incerto pela ausência do Estado Nacional e movido por ocasião dos interesses multipolares dos feudos, havia uma oportunidade propícia ao reforço do contraditório como critério da verdade “provável ou possível”, sem categorismos decorrente de “argumento de autoridade” (a exemplo de que o Estado não erra).

- Hermes Zaneti Júnior (2004, p. 4, edição on-line) escreve sobre a distinção entre um modelo clássico e um modelo moderno em termos de funcionamento da prova. O modelo clássico parte da lógica e da retórica, pensando a partir do problema, com um perfil muito mais prático e direcionado à difusão da probabilidade como linha de chegada da verdade. De outro lado, o modelo moderno é sistemático e fechado, elabora suas conclusões por intermédio de fórmulas, um esquema geométrico que separa fato e direito, sendo que neste caso não existe espaço para o erro – afinal, a estatização do processo e a institucionalização do litígio confere o selo de infalibilidade aos achados decididos.
- A racionalidade que se fala tem um duplo aspecto: evitar julgamentos guiados pelas emoções ou intuições, portanto, destituídos de base empírica, bem como manter uma abordagem que seja comum aos indivíduos em termos de razoabilidade, ou melhor, as escolhas devem ser universalizáveis ou tendentes à aceitação geral. Karl Popper (2010, p. 42) defende essa dupla preocupação para concluir que “o racionalismo está ligado à ideia de que o outro tem o direito de ser ouvido e defender seus argumentos. Assim, implica reconhecer a reivindicação de tolerância, pelo menos em relação a todos os que não são tolerantes.” O autor lembra Kant para afirmar que a ética pode não estar totalmente assentada na ideia de razão, porém, uma base científica racional é fundamental para atingir a soluções eticamente aceitáveis.
- Levando em consideração a polissemia da prova, existem duas formas de estabelecer a relação entre prova e verdade: uma relação conceitual (que trata da prova enquanto resultado) e uma relação teleológica (que trata da prova como atividade). Por isso que diversos textos discorrem sobre “modelo de prova e de atividade probatória”, porque o tratamento que se confere à relação entre prova e verdade pode estruturar essas duas perspectivas. Atualmente, para ser mais vertical ao que se pretende falar, é melhor discorrer sobre um modelo subjetivo e um modelo objetivo do funcionamento da prova – salientando o foco da questão (Ferrer-Beltrán, 2017, p. 59/60).
- A questão da margem de erro ou do “tamanho da ignorância” é das mais fascinantes e contundentes na literatura de Karl Popper. No presente ensaio, impossível descer a essas profundas reflexões teóricas. Ocorre que, com a digitalização da vida, em um mundo cada vez mais movimentado pelas manadas de comportamentos seriais, a noção da margem de erro deve ser ponderada juntamente com a probabilidade. Quando maior o coeficiente do provável, menor a força sinistra da ignorância. A lógica enquanto conjunto de regras consagradas pode ser reputada quase infalível em termos formais, mas as crenças das pessoas em determinada situação, o aspecto material da lógica, embora científica, vai depender das variáveis do objeto, do tamanho da amostragem, da repetição dos testes e do aspecto decorrente da universalidade. Tudo sopesado, algo pode ser mais ou menos falível – portanto, a margem de erro pode ser maior, tendo em vista que os elementos que compõem a hipótese sejam suscetíveis a variações pressupostas (Popper, 1982, p. 31).
- Merece referência o Prefácio elaborado por Sérgio Cruz Arenhart no livro CASTRO, Cássio Benvenuti de. *Perícia judiciária* – comentando os dispositivos do processo civil. Belo Horizonte: Forum, 2022. O autor salienta a importância interdisciplinar do exame da prova, sendo que as regras codificadas pelo direito são compromissadas com garantias que não afastam um erro de lógica, de avaliação psicológica ou epistemológica das operações sobre as provas. Sérgio Cruz Arenhart adverte: “Tudo isso faz com que, muitas vezes, o tema da prova seja menosprezado pela doutrina. Todavia, essas percepções escondem um gigantesco erro de premissa. O grande problema dessas ideias é imaginar que as regras de prova servem para informar o juiz como ele deve formar sua convicção ou como a realidade deve ser encontrada. Como é óbvio – e como já demonstrado por tantos juristas inúmeras vezes – as regras sobre prova jamais poderiam assumir essa função, até porque é impossível para o Direito governar o convencimento íntimo do juiz ou estabelecer a forma pela qual a verdade deve ser “revelada”. Isso talvez seja alvo da psicologia, da sociologia ou da filosofia.  
O papel das regras sobre prova é muito menos pretensioso, mas ainda assim fundamental. Pretendem elas estabelecer os critérios válidos de apropriação de vestígios do passado pelo processo e, o que é muito mais importante, pretendem fixar a validade dos argumentos empre-

- gados para a justificação da decisão judicial a respeito dos fatos. Vale dizer: o processo não é capaz de governar a forma pela qual o juiz se convence a respeito dos fatos da causa; todavia, pode sim esclarecer se os argumentos empregados pelo juiz para afirmar que um fato ocorreu são ou não são válidos. Trata-se, por isso, de um sofisticado sistema de controle da justificação judicial. O mesmo papel desempenhado pelo art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC, para o controle da justificação no campo das questões de direito, é exercido pelas regras sobre prova no campo da determinação dos fatos.
- 12 Essa visão míope é decorrente da própria metodologia do ensino jurídico nas faculdades. Os estudantes vão para as escolas para experimentar as normas do direito probatório. Com o passar do tempo, nas audiências, os velhos estudantes se tornam operadores do direito “travados”, formalistas e completamente perdidos sobre as premissas que realmente importam no exame da prova. Tudo o que eles sabem é repetir o texto do Código, algo que qualquer *machine learning* pode fazer com mais propriedade.
  - 13 A verossimilhança é o “*id quod plerumque accidit*” e sofre influxos dos vieses e interferências da psicologia social reinante em determinado tempo. Para tanto, o juiz deve trabalhar seu foco na epistemologia de justificações racionais e, ainda por cima, fazer terapia obrigatória para se despir de pré-conceitos que talvez ele nem saiba que lhe acometem.
  - 14 Michele Taruffo (2013, p. 50-51) assinala que o sistema de *civil law* pode ser definido como “fechado” em termos de direito probatório. Em primeiro lugar, porque se entende que todos os fenômenos probatórios estão encerrados em normas. Em segundo lugar, porque existe uma tipicidade quase exaustiva no tocante aos meios de prova. Em consequência, a disciplina judiciária da prova passa a ser reputada um certame autossuficiente e autônomo em relação a qualquer outro setor da experiência – razão pela qual os positivistas jamais falavam em epistemologia, a abordagem hermenêutica permanecia esquecida.
  - 15 Em diversos acidentes de trânsito, um sujeito efetua uma manobra e seu carro é abalroado por outro, que vinha transitando. Uma alegação quase sempre presente é que o carro que bateu no condutor “descuidado” se deslocava em alta velocidade. A questão da velocidade não pode ser apreendida por “crença”, “intuicionismo”, quando não há marcador ou medidor objetivo de velocidade. Os artigos 34 a 37 do Código de Trânsito Brasileiro pautam inferências legalizadas, adiantando que o condutor que efetua uma manobra deve ter toda a atenção em relação aos veículos que estão trafegando. Vale dizer, a mera alegação do excesso de velocidade, em geral, não retira a probabilidade de que o veículo que colidiu estava atendendo aos ditames do trânsito. De outro lado, salvo rara exceção, quem efetua uma manobra provavelmente é reputado culpado.
  - 16 No modelo subjetivo de funcionamento da prova, o juiz entende o que foi provado conforme o convencimento. Muitas vezes, sequer rebate todas as alegações pontuadas pelas partes. A doutrina tem contestado esse estado de coisas ao defender o parâmetro da verdade: “Não se quer transformar o juiz em mero chancelador de provas; o juiz continuará sujeito a critérios subjetivos de seu julgamento e é ele quem continuará interpretando e aplicando os critérios legais para a corroboração objetiva das hipóteses fáticas. Trata-se apenas de buscar maior racionalidade do juízo fático. Aliás, continuará sendo necessário o exercício jurisdicional, seja porque haverá necessidade de interpretação e aplicação dos critérios objetivamente postos pela lei, seja porque a própria consequência jurídica extraída de cada fato dependerá da inteligência do órgão julgador” (Auiló, 2021, p. 111). No momento em que o convencimento está no núcleo do modelo probatório, o que o juiz disser não pode ser contestado, porque não existe parâmetro objetivo de controle.
  - 17 Comparando a modelo subjetivo do funcionamento da prova com a técnica utilizada no futebol pelo “VAR” (*video assistant referee*). Se o juiz de campo puder fazer o que quiser, se ele puder desprezar as marcações do “VAR” e apitar conforme sua “íntima convicção”, não existe razão para manter o “VAR”. Porque o que o árbitro falar será absoluto e não passível de indagação ou erro. Algo inadmissível em um regime coparticipativo até na teoria dos jogos.
  - 18 Vincular a verdade a justificações válidas ou, nos termos de Ferrer-Beltrán, falar em corroboração suficiente, pode ser considerado uma mitigação da experiência epistêmica. Marinoni e Arenhart pontuam que a conclusão de Taruffo não se distanciaria daquela defendida por esses autores, que colocam o convencimento do juiz no centro da tomada de decisão. Ainda que Taruffo assinala que existe uma verdade firme e externa ao processo, o autor aceita que a obtenção desse conhecimento depende da cognição humana, que naturalmente é condicionada por lastros cognitivos – inclusive, com as limitações processuais e demais normativas. Para Taruffo, portanto, a verdade seria aquilo que as provas mais se pareçam, o que não é um descrédito dessa escola, mas a res-
- salva da probabilidade enquanto parâmetro metodológico necessário ao tratamento da questão. Ver Marinoni e Arenhart, *idem*, p. 55.
- 19 Michele Taruffo (2012, p. 106/7). Imagina o exemplo das empresas farmacêuticas e dos cientistas que tiveram que correr contra o tempo para identificar o vírus da covid-19 e trabalhar para chegar a uma vacina. Até o presente, a vacina não é uma unanimidade, pois existem relatos sobre efeitos colaterais ou ineficácia. Portanto, esse campo do conhecimento também tem suas limitações, que podem ser apreendidas como questões referentes à tecnologia, à celeridade, a problemas de amostragem nos testes, dentre outros tantos fatores que não recortam a verdade em si, entretanto, concernem aos “limites” contextuais para se alcançar um grau de probabilidade de eficácia da vacina. Isso ocorre em todas as construções humanas, evidentemente porque tem o caráter demasiadamente humano em suas conclusões, além do que, as decisões são tomadas em um cenário de incerteza.
  - 20 “Em termos quantitativos e qualitativos, a fonte mais importante de nossos conhecimentos – à parte o conhecimento inato – é, de longe, a tradição. A maior parte daquilo que sabemos foi aprendida pelo exemplo, pelo que nos foi dito, pela leitura de livros e por aprender a criticar, a receber e aceitar críticas e a respeitar a verdade”. O potencial da “ontologização” tem como condição de possibilidade a identificação da tradição (Popper, 2010, p. 53).
  - 21 Essa pluralidade de pré-compreensões que pode ocorrer é o oposto de um modelo geométrico de prova. O intérprete manuseia modelos de decisões a partir dos problemas, em uma circulação tendencial e não ortodoxa, para a finalidade de estabilizar um achado que reúna a imbricação do fato e da norma (Carpes, 2010, p. 35).
  - 22 A expressão “rule centered” salienta a unidade fático-jurídica que embasa a demanda e as narrativas processuais.
  - 23 As alegações podem ser divididas em fundamentos, que podem definir a contenda e devem constar da justificação da decisão, bem como em argumentos, que se tratam de pontuações orbitais, que não necessariamente precisam ser refutados expressamente pelo julgador (Kochem, 2017, p. 200).
  - 24 Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2019, p. 52) defendem a teoria do agir comunicativo (Habermas) para que a verdade “factive” seja achada por intermédio da interação entre os sujeitos do processo. Embora não sejam unânimes na doutrina, as premissas dos autores fazem importante a referência sobre “a intensidade do contraditório estabelecido para a cognição (argumentação) que autoriza” identificar ou classificar a possibilidade, a verossimilhança e a probabilidade, enquanto espécies que emplacam uma crescente aproximação à verdade.
  - 25 Susan Haack (2014, p. 13/4) elabora uma analogia entre um contexto aceitável da prova à figura de um jogo de palavras cruzadas. As proposições assinaladas pelas provas acabam se tocando em determinado sentido, entregando fundamento e coerência à tomada de decisão. Por isso que a autora se vale de um holismo-articulado, porque avalia cada prova, sem descurar da avaliação do contexto de provas em sua completude. O meio de prova inicial deve entrar com facilidade em uma narrativa, ele deve ser reforçado com a clareza de uma prova superveniente, assim como a situação de fecho empresta consistência e completude a esse cenário que se desdobrou logicamente.
  - 26 O standard probatório é o “grau de corroboração das hipóteses” ou o “grau de suficiência” da prova para reputar algo como provado. A cultura implicada ao direito é que define o que merece uma maior carga de provas para que um achado seja “tido como provado no processo”. Por exemplo, a suficiência de provas para condenar alguém em um processo criminal deve ser mais robusta que a suficiência de provas para resolver um contrato de locação e decretar um despejo (Castro, 2021, p. 127 e seguintes).
  - 27 Epistemologia é o capítulo da filosofia preocupada com a origem do conhecimento. Trata-se de uma apreciação tendencialmente “neutra” da prova, para a reconstrução dos fatos no processo, que se vale de critérios metodológicos como a probabilidade indutiva. “O que a epistemologia faz é fornecer um instrumental teórico para que posamos compreender melhor o que é, exatamente, conhecer o mundo, como esse conhecimento se dá e de que forma ele é fundamentado” (Dallagnol, 2018, p. 19).

## REFERÊNCIAS

AUILÓ, Rafael Stefanini. *A valoração judicial da prova no direito brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2021.

CARNELUTTI, Francesco. Verdade, dúvida e certeza. *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 3, n. 9, p. 606-609, jul./set. 1998. Tradução Eduardo Cambi.

CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CASTRO, Cássio Benvenuti de. *Standards de prova: na perspectiva da tutela dos direitos*. Londrina: Thoth, 2021.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. Prolegômenos para uma teoria sobre os standards probatórios: o *test case* da responsabilidade do Estado por prisão preventiva errônea. Tradução Daniel de Resende Salgado e Luís Felipe Shneider Kircher. In: FERRER BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova*. Tradução Vítor de Paula Ramos. Salvador: JusPodivm, 2021.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Prova e verdade no processo*. Tradução Vítor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

GIULIANI, Alessandro. L'ordo iudicarius medioevale (riflessioni su un modello puro di ordine isonômico). *Rivista di diritto processuale*, Padova, anno XLIII, n. 3, p. 598-614, luglio/sett. 1988.

GIULIANI, Alessandro. Prova in generale. *Enciclopedia del diritto*, anno XXXVII, Milano, p. 518-579, 1998.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juizes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

HAACK, Susan. Epistemology and the law of evidence: problems and projects. In: HAACK, Susan. *Evidence matters* (science, proof, and truth in the law). New York: Cambridge University Press, 2014.

HAACK, Susan. *Filosofia das lógicas*. Tradução Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique Araújo Dutra. São Paulo: Unesp, 2002.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

KNUNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KOCHEM, Ronaldo. O direito ao contraditório como critério e metacritério da correção da fundamentação das decisões judiciais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTI, Rogéria (org.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. São Paulo: Thomson Reuters, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. 4. ed. Tradução Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PICARDI, Nicola. Processo civile (dir. moderno). *Enciclopedia del Diritto*, anno XXXVI, Milano 1987.

POPPER, Karl. A defesa do racionalismo. In: POPPER, Karl; David Miller (org.). *Textos escolhidos*. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto; PUCRio, 2010.

POPPER, Karl. Conhecimento sem autoridade. Tradução Vera Ribeiro. In: POPPER, Karl; MILLER, David (org.). *Textos escolhidos*. Rio de Janeiro: Contraponto; PUCRio, 2010.

POPPER, Karl. O problema da demarcação. In: POPPER, Karl; MILLER, David (org.). *Textos Escolhidos*. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto; PUCRio, 2010.

RICOEUR, Paul. *Hermenêutica e ideologias*. Trad. Hilton Japiassu. Petrópolis: Vozes, 2008.

TARUFFO, Michele. Modelli di prova e di procedimento probatório. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, anno XLV, n. 2, p. 420-448, apr./giugno 1990.

TARUFFO, Michele. Verdade e processo. In: TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Tradução Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a reconstrução dos fatos*. Tradução Vítor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Tradução Marina Gascón. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 29, n. 116, p. 334-371, jul./ago. 2004.

Artigo recebido em 13/9/2023.

Artigo aprovado em 18/12/2023.

---

**Cássio Benvenuti de Castro** é Juiz de Direito no Rio Grande do Sul. Mestre e doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Paranaense (Unipar), especialista em Direitos Fundamentais e Direito do Consumidor pela UFRGS. Pós-graduando em Coletivização, Precedentes, Coerência e Integridade do Direito pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam).