

A admissibilidade e a racionalidade da prova: reflexões a partir de dois textos de Sergio Demoro Hamilton

Robson Renault Godinho*

1. Introdução: breve descrição dos dois textos de Sergio Demoro Hamilton

Este texto foi escrito com o propósito específico de homenagear o Professor Sergio Demoro Hamilton, cuja dedicação à Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro foi fundamental administrativa e doutrinariamente, não só pela seleção e publicação de muitos textos relevantes de outros autores nos vários anos em que foi seu Diretor, mas também em virtude dos seus próprios textos, vários deles se tornando referências fundamentais na doutrina processual penal. Entre sua vasta e profunda produção doutrinária, optei por abordar dois textos que, ainda que escritos especificamente com enfoque processual penal, abordam temas da teoria geral da prova, possibilitando, assim, que minha maior proximidade com o processo civil não acabe por cometer heresias doutrinárias, desnaturando a natureza da homenagem. Com efeito, em uma publicação destinada a homenageá-lo – que, por via transversa, acaba por homenagear aqueles que dela participam, por vincularem-se ao homenageado –, a tarefa de encontrar um tema para escrever se apresenta especialmente árida, não só pelo receio de produzir um trabalho em nível aquém daqueles que integram a presente publicação, como também por não haver tema processual que o Professor Demoro não tenha tratado com rigor doutrinário e elegância de estilo. Diante desse quadro, ante a relativa facilidade de encontrar pertinência temática entre assuntos com que tenho alguma familiaridade e a vasta produção do homenageado e, ao mesmo tempo, a dificuldade de aprofundar um assunto por ele já tratado, optamos por lançar breves notas sobre temas probatórios que mereceram especial atenção de Sergio Demoro Hamilton: a (in)admissibilidade da prova ilícita e a inadmissibilidade de provas que podem ser consideradas irracionais.

No primeiro texto – “As provas ilícitas, a Teoria da Proporcionalidade e a autofagia do Direito”¹ –, Sergio Demoro Hamilton defende a possibilidade de se utilizar validamente a prova ilícita no processo penal, quando, em juízo de proporcionalidade, verifica-se que é a única alternativa para evitar a impunidade. Ou seja: além de se admitir a utilização da prova ilícita em favor do réu, sustenta Demoro Hamilton que também deve-se admitir a utilização do princípio da proporcionalidade *pro societate*, mediante

* Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

¹ Escrito em 1.999 e publicado na Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, nº 11, 2.000.

“minuciosa fundamentação”, com a ressalva de que “a prova ilícita, em qualquer caso, deverá ser evitada, desde que a verdade dos fatos possa emergir por outros meios”.

O segundo texto escolhido – “A invocação ao sobrenatural vale como prova?”² – examina, essencialmente, a admissibilidade da prova mediúnica e da prova psicografada. Após descrever caso concreto em que atuou como membro do Ministério Público envolvendo suposto crime de estelionato cometido por pessoas que diziam possuir contatos mediúnicos, concluindo que não seria sequer possível a admissão de prova sobre tais “poderes”. Já em relação à prova psicografada, após exame de manifestações doutrinárias, entende o autor que se trata de prova documental e, portanto, aparentemente lícita, mas não deve ser admitida ou, caso o seja, não deve ser valorada, já que:

[a]s provas absurdas e que não apresentam um mínimo de verossimilhança são incabíveis e impertinentes. É bom assinalar que fatos que escapam aos limites da nossa inteligência, por mera questão de bom senso, não merecem, evidentemente, aceitação como prova, pois não podem ser submetidos a um juízo crítico severo. No caso da psicografia, haveria formalmente um documento nos autos, que tornaria lícita a prova pretendida. Porém, tal documento seria, de todo, descabido, impertinente e imprestável por não ser capaz de trazer qualquer contribuição para a verdade real, uma vez que não se pode afirmar nem tampouco infirmar o que nele está contido.

Nos dois tópicos seguintes, serão feitas considerações sobre os temas principais que foram descritos e, a seguir, trarei algumas reflexões sobre a valoração racional da prova, já que a análise conjunta dos dois textos escolhidos revelam esse fio comum, mas sob uma ótica que não foi tratada diretamente por Sergio Demoro Hamilton e que hoje parece ser o ponto mais sensível sobre o tema: a valoração da prova como a possibilidade de crise de racionalidade.

2. Provas ilícitas

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, antiepistêmico³, na medida em

² Escrito em 2.007 e publicado na Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, nº 27, 2.008.

³ “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).

que se cria déficit de conhecimento, o que exige que as limitações probatórias sejam excepcionais. Entre os vários critérios utilizados para se limitar a prova⁴, temos questões procedimentais, aspectos temporais, entre outros, mas especialmente existem regras de exclusão relacionadas à juridicidade da obtenção da prova ou de seu conteúdo, 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 ilegítima⁵), havendo ainda a ilicitude por derivação (art. 157, §§ 1º, 2º, 3º e 5º, CPP).

Sabe-se, também, que a ilicitude de determinada prova pode significar grave déficit epistemológico⁶ em processo específico, subtraindo a possibilidade de acesso a fatos essenciais. 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 próprios⁷; ou ainda a obtenção sub-reptícia de material genético de terceiro; enfim, os exemplos podem se multiplicar.

⁴ “Limitações probatórias são todas as proibições impostas pelo ordenamento jurídico à proposição ou produção das provas consideradas necessárias ou úteis para investigar a verdade dos fatos que interessam à causa. Essas limitações são de diversas naturezas. Algumas resultam da imposição de prazos e de preclusões pelas normas que regem os diversos procedimentos e a prática dos atos processuais neles inseridos. Outras decorrem da necessidade de assegurar ao processo celeridade e rápida solução, impedindo a produção de provas consideradas inúteis ou procrastinatórias. Outras visam a dar segurança a certas relações jurídicas, mediante a admissibilidade da prova de certos fatos somente por meio de fontes de excepcional qualidade formal, como o registro público, repudiando as demais. Outras, ainda, pretendem impedir que a investigação dos fatos pelo juiz viole preciosos direitos fundamentais da pessoa humana, como a intimidade, a integridade física e a honra, ou preservar o interesse público ao sigilo, o que leva à proibição de provas consideradas ilícitas. E, também em vários casos, a lei ou os costumes impõem limitações à admissibilidade de certas provas que consideram inidôneas, disciplinando a investigação da verdade pelo juiz para que ele não se deixe influenciar por fontes ou por métodos considerados pouco confiáveis ou suspeitos” (GRECO, Leonardo. Limitações probatórias no processo civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Volume IV, 2009, disponível em: www.e-publicacoes.uerj.br). Tais limitações do direito à prova podem ter razões extraprocessuais (políticas, morais, éticas, religiosas) ou processuais (epistemológicas), quando se vedam provas irrelevantes e impertinentes, que ou representam um dispêndio de energia desnecessário para a máquina judiciária e para as partes ou seriam capazes de conduzir o magistrado a uma falsa percepção da realidade” (DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA. *Curso de Direito Processual Civil*. 14ª ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 115).

⁵ 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).

⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. São Paulo: RT, 2019, p. 166.

⁷ O Superior Tribunal de Justiça vem considerando reiteradamente ilícitas tais provas quando obtidas sem autorização judicial prévia: HC 422.299/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 24/04/2018, DJe 02/05/2018; HC 542.293/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 17/12/2019, por exemplo.

É possível, portanto, que, em determinada prova, seja imprescindível a análise de determinada prova ilícita para que se configure o quadro fático mais próximo da verdade⁸⁻⁹.

O ponto central do citado texto de Demoro Hamilton está precisamente no caso de uma prova ilícita ser imprescindível em determinado processo penal, configurando, assim, um quadro pode ser denominado de estado de necessidade¹⁰ probatório. 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.

⁸ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y Verdad en el Derecho*. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2005 (há tradução para o português pela editora RT). SUCAR, Germán. *Concepciones del Derecho y de la Verdad Jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2008. TARUFFO, Michele. *La Semplice Verità: il giudice e la costruzione dei fatti*. Bari: Laterza, 2009. Sobre esse importante estudo de Taruffo (também publicado em espanhol e português pela editora Marcial Pons), célebre tratadista da matéria, com diversos outros trabalhos publicados, foram escritos dois artigos que merecem consulta: CHIARLONI, Sergio. La verità presa sul serio. *Revista de Processo* nº 184. São Paulo: RT, junho de 2010. CAVALLONE, Bruno. In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo). *Rivista di Diritto Processuale, volume LXV (II serie)*. Padova: CEDAM, 2010, em que se analisa cada capítulo que compõe aquele livro. Resposta em TARUFFO: Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone. *Rivista di Diritto Processuale, LXV, nº 5*. Padova, CEDAM, 2010. Sobre o tema, fundamental a leitura de estudos de Susan Haack: entre suas várias publicações, foi publicada em português a coletânea *Perspectivas Pragmatistas da Filosofia do Direito* (São Leopoldo: Unisinos, 2015). Haack recentemente publicou importante reflexão sobre o tema: La justicia, la verdad y la prueba: no tan simple, después de todo. *Debatiendo con Taruffo*. Beltran, Vázquez (Coord.). Barcelona: Marcial Pons, 2016.

⁹ “Una cosa es la verdad y otra, muy diferente, es el conocimiento de la verdad. Decimos que una persona sabe que *p* cuando se dan, al menos, las siguientes tres condiciones: (i) *p* es verdad, (ii) *a* cree que *p*, y (iii) hay evidencia suficiente para considerar que *p* ha sido demostrada”.[...] “Es importante entender que los hechos son lo que son y no lo que los jueces y otros funcionarios digan que son. El hecho de que el procedimiento de encontrar éstos termine en una sentencia del juez competente con base en la evidencia presentada dentro de un lapso de tempo limitado, no altera el hecho de que este procedimiento se propone establecer la verdad, y que el juez está bajo la obligación de buscar la verdad. Uma fala na determinación de la verdad – mientras sea algo excepcional – no invalida la sentencia del juez, que es considerada como jurídica y produce todos sus efectos legales. Éste es el precio que el Derecho está dispuesto a pagar en aras de la seguridad social y de la paz, esto es, por ser capaz de resolver conflictos sociales dentro de ciertos límites temporales. Pero, si los jueces hubieran de basar generalmente sus sentencias en proposiciones falsas acerca de los hechos, se pervertería todo el sistema del Derecho” BULYGIN, Eugenio. El conocimiento y la interpretación del Derecho. *El Derecho en Acción: ensayos sobre interpretación y aplicación del Derecho*. Colección Filosofía y Teoría del Derecho, nº 6. Lima: ARA, 2010, p. 32 e 35. Nesse mesmo volume, há um ótimo contraponto de Jordi Ferrer Beltrán: “Está probado que “*p*” (p. 120/148); o tema foi desenvolvido pelo mesmo autor em seu livro *Prueba y Verdad en el Derecho*. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.

¹⁰ Registre-se antigo julgado do Supremo Tribunal Federal que tratou o caso como legítima defesa: “*Habeas corpus*. Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade. - Afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime –, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). *Habeas corpus* indeferido” (HC 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 processo Civil e o estado de necessidade processual. *Provas*. Macedo, Peixoto, Freire (Coord.). 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

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, como, a propósito, já o fazia Demoro Hamilton¹¹.

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 individual¹², prevalecendo a ideia de que somente em favor da liberdade pode-se relativizar a ilicitude de uma prova no processo penal¹³. Não há, porém, manifestação peremptória da jurisprudência nesse sentido¹⁴⁻¹⁵, mas

¹¹ Interessante resenha sobre o tema até 2006 em dissertação de mestrado de Thiago André Pierobom de Ávila: *Provas Ilícitas e Proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos*. Brasília: UnB, 2006, disponível em: repositorio.unb.br (o trabalho foi publicado também pela editora Lumen Juris).

¹² Cf. PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 375 (ao menos até essa edição, o autor admite excepcionalmente a utilização de prova ilícita contra o réu, como se vê nas p. 376/378 do livro citado). 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).

¹³ 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 103325, Relator(a): Min. Celso e Mello, Segunda Turma, julgado em 03/04/2012, DJe-213 UBLIC 30-10-2014; STJ - REsp 1695349/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 08/10/2019, DJe 14/10/2019.

¹⁴ Encontram-se julgados em que se reconhece a licitude 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. Em se tratando de incapaz, considerou-se lícita a gravação unilateral feita pela genitora: “[...] 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 1026605/ES, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 13/05/2014, DJe 13/06/2014)

¹⁵ 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 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 algeibeiras.

apenas uma tendência extraída a partir dos vários julgados existentes¹⁶, 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. Entretanto, na linha do sustentado por Demoro Hamilton, há quem observe que a segurança pública possui igualmente proteção constitucional e a criminalidade organizada, por exemplo, pode impor imensos riscos sociais que merecem igualmente proteção constitucional. Há que se ressaltar, contudo, especialmente em tempos de perigosa 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 arbitrariedade¹⁷. 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 casuísticas que merecerá um pouco mais de desenvolvimento neste texto, não sendo nosso propósito examinar de modo exaustivo a questão do aproveitamento da prova ilícita.

3. Prova psicografada

O outro texto aqui analisado versa sobre a admissibilidade da prova mediúnica e da prova psicografada. Embora haja diferenças entre ambas, parece-me que deve haver um enquadramento único na teoria geral da prova, cabendo assinalar que apenas a

¹⁶ 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: “Objeção 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 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.

¹⁷ 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.

chamada prova psicografada possui efetiva relevância prática no direito brasileiro, com vários relatos sobre sua utilização¹⁸, especialmente em casos de júri popular¹⁹.

Assiste plena razão a Demoro Hamilton quando rechaça a possibilidade de utilização do que denomina de prova mediúnica, isto é, da ocorrência de alguma relação espiritual entre uma pessoa e uma entidade. Trata-se de situação que não se submete a controle de racionalidade²⁰ e que não pode, portanto, ser objeto de conhecimento de um processo jurisdicional, que não é campo para profissão de fé ou questões metafísicas.

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 decisão²¹.

¹⁸ 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.

¹⁹ “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 corréu, 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.

²⁰ 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. Confirmam-se, ainda: MORAES, José Rubens de. *Sociedade e Verdade: evolução história da prova*. São Paulo: EDUSP, 2015. BERCOVICI, Milene Chavez Goffar Majzoub. *Juízos 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.

²¹ 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 Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2017, p. 87/88.

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 judicial²². 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 controvertido, excluindo-se o que não for útil para que se decida de forma racional²³, sem “psicologismo”²⁴.

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 racionais²⁵ 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 de controle e de refutação do meio de prova.

Criticando o que denomina de “psicologismo exacerbado”, Marcelo Lima Guerra foi preciso²⁶:

O simples fato de *existir* no juiz um estado psicológico de *certeza* acerca de determinada hipótese fática não oferece nenhuma garantia *per se* de

²² 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).

²³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. São Paulo: RT, 2019, p. 178/181.

²⁴ 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 realizados 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)

²⁵ 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.

²⁶ “Premissas para a construção de um léxico constitucional epistemologicamente adequado em matéria probatória” – disponível em: www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4060.pdf. Sobre esse “psicologismo” e a certeza subjetiva como critério de prova, ver também LAUDAN, Larry. *El estándar de Prueba y las Garantías en el Proceso Penal* (vários tradutores). Buenos Aires: Hammurabi, 2011.

que tal hipótese é, efetivamente, verdadeira (ou mereça ser aceita como tal). Como se vai demonstrar, em razão do dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais, o juiz não pode se contentar em, intimamente, formar uma crença sobre qual das hipóteses conflitantes sobre os fatos da causa seria a verdadeira e adotá-la como razão de decidir (como uma das premissas do raciocínio que fundamenta sua decisão da causa). [...] Resulta daí que, diante de controvérsia de alegações relativas aos fatos relevantes para a decisão da causa, a mera convicção, como estado psicológico, não é suficiente. Deverá o juiz, portanto, produzir *razões* que justifiquem sua opção por esta ou aquela alegação como sendo a que ele aceita como verdadeira. Só isto já é suficiente para tornar inteiramente insatisfatória e incompatível com o ordenamento brasileiro, numa perspectiva mais rigorosa, a caracterização da prova em termos exclusivamente “psicológicos”, ou seja, conceituar a “prova como resultado” em termos de “convicção do juiz”, compreendida essa noção apenas como “estado psicológico de crença” ou “estado de consciência chamado *certeza*”. Insista-se: o dever de fundamentação das decisões judiciais é um dado fundamental que deve, forçosamente, estar expresso na definição das noções centrais do léxico probatório.

Relacionando os trechos transcritos com que foi dito em relação à prova a partir de carta psicografada, verifica-se que a exigida 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.

É desnecessário neste texto reproduzir um catálogo conceitual acerca dos vários sentidos do vocábulo prova, sendo suficiente a referência ao clássico estudo de João de Castro Mendes, em que se tem insuperável resenha, com sua exposição dividida entre autores de língua portuguesa, espanhola, francesa, italiana e alemã, passando a seguir a análise de múltiplos conceitos doutrinários, e, ao fim de sua profunda pesquisa, apresenta o conceito largamente difundido: “prova é pressuposto da decisão jurisdicional que consiste na formação através do processo no espírito do julgador da convicção de que certa alegação singular de facto é justificadamente aceitável como fundamento da mesma decisão”²⁷.

Entende-se modernamente, na linha do que foi, que a prova é o meio pelo qual se pretende determinar a verdade das proposições sobre fatos dentro de um processo, a partir

²⁷ *Do Conceito de Prova em Processo Civil*. Lisboa: Ática, s/d., *passim*, sendo que o trecho transcrito está na p. 741.

de critérios externos racionais, mas, pelas limitações e imperfeições que lhe são inerentes, a concretização desse desiderato não é garantida²⁸ nem deve ser buscada a qualquer custo.

4. Reflexões finais

Justificar ou fundamentar uma decisão não é expressar uma crença ou um subjetivismo.

A história demonstra cotidianamente, muito mais até do que seria recomendável, que não se pode subestimar a irracionalidade ou aversão à justificação racional, de modo que não se deve tergiversar sobre o tema²⁹.

²⁸ FERRER BELTRÁN. *Prueba y Verdad...* cit., p. 31. Lembre-se, inicialmente, do conceito formulado por Chiovenda, que historicamente vem recebendo as mais variadas adaptações, normalmente mais prolixas, sem qualquer ganho conceitual: “Provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo”. (MENEGALE, J. Guimarães. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. III. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 91) “Prova é a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo”. (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*. vol. 1. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 13) “A prova, em direito processual, é todo meio retórico, regulado pela lei e dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo”. (MARINONI. ARENHART. *Prova*. São Paulo: RT, 2010, p. 57) “Por prova, no âmbito do processo civil contemporâneo, designa-se um argumento empregado no contexto do debate processual, ordenado segundo normas ético-jurídicas e lógico-argumentativas, o qual se diferencia em relação aos demais argumentos empregados em tal contexto em função do seu conteúdo e da sua finalidade. Seu conteúdo é o resultado do contraste entre as alegações sobre fatos juridicamente relevantes que sejam objetivo de controvérsia ao longo do debate processual e aquilo que efetivamente se passou no mundo extraprocessual. De outro lado, sua finalidade é a de atuar como fator envolvido na atividade de persuasão racional do juiz, tornando presente diante dos olhos do magistrado um retrato possível da realidade considerada juridicamente relevante para o deslinde do debate processual, de maneira a influenciar na formação de seu convencimento”. (REICHEL, Luís Alberto. *A Prova no Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 111) “*Probar es aportar al proceso, por los medios y procedimientos aceptados en la ley, los motivos o las razones que prozcan el convencimiento o la certeza del juez sobre los hechos. Prueba judicial (en particular) es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos*”. (ECHANDEA, Hernando Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. 5ª ed. Bogotá: Temis, 2002, p. 25) “*Prueba judicial es aquella que se desarrolla en el proceso con la garantía de los derechos procesales y que forma convicción en el juez debido a que le ha permitido verificar los hechos a que se refiere*”. (MORALES, Rodrigo Rivera. *La Prueba: Un análisis racional y práctico*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 32) “*La prova è il cuore del processo e si radica nella possibilità di persuadere. Si tratta, più precisamente, di una serie di strumenti con i quali viene verificata l’attendibilità o meno di ipotesi di fatto formulate nel processo, al fine di consentire al giudice di attingere la verità ‘probabile’ (única verità conseguibile, dati i limiti immanenti della conoscenza umana) e pervenire, così, ad una applicazione ‘giusta’ delle norme giuridiche alla fattispecie*”. (PICARDI, Nicola. *Manuale del Processo Civile*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 279) “*Con il termine ‘prova’ si indicano slitamente tutti i mezzi di conoscenza che vengono impiegati nel processo al fine di formulare una decisione intorno alla veridicità o falsità di enunciati relativi ai fatti rilevanti della controversia*”. (COMOGLIO, FERRI e TARUFFO. *Lezioni sul Processo Civile*. vol. I. 4ª ed. Bologna: Il Mulino, 2006, p. 413) e, em outra obra, TARUFFO assim se pronuncia: “*la prova è uno strumento che serve per l’accertamento della verità dei fatti rilevanti per la decisione. [...] la prova è uno strumento di conoscenza che serve al giudice per scoprire e stabilire la verità dei fatti, ossia per stopporre a verifica o a falsificazione gli enunciati che costituiscono il thema probandum*”. (*La Prova nel Processo Civile - Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Cicu, Messineo, Mengoni e Schlesinger (dir.). Milano: Giuffrè, 2012, p. 63) A doutrina tradicional italiana recebeu importante resenha de ANDRIOLI, Virgilio. *Studi sulle Prove Civili*. Milano: Giuffrè, 2008, p. 5/13.

²⁹ Sobre a racionalidade sob uma perspectiva histórica e com desconcertante otimismo sobre o futuro: VIETTA, Silvio. *Racionalidade: uma história universal*. Nélío Schneider (trad.). Campinas: UNICAMP, 2015. PINKER, Steven. *O Novo Iluminismo: em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Motta, Soares (trad.). São Paulo:

A aposta na utilização da ponderação³⁰ para a admissão de provas ilícitas, por exemplo, como visto no primeiro texto de Demoro Hamilton, é ao mesmo tempo um lugar comum na prática jurisdicional e uma possibilidade imensa de adaptações discursivas para acomodações de soluções aprioristicamente selecionadas³¹, 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, 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 justiça³².

Companhia das Letras, 2018. Já para uma visão pessimista, bastaria acompanhar o noticiário, mas o próprio Pinker aponta bibliografia, em sua impressionante pesquisa.

³⁰ Cf. MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e Arbitrariedade*: a inadequada recepção de Alexy pelo STF. Salvador: Juspodivm, 2016.

³¹ Cf., a crítica abordagem de Marcelo Neves em sua recente tese: *Entre Hidra 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 principalista 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 principalismo 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 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*, nº 17, jan./mar. 2009, disponível em www.direitodoestado.com.

³² 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). O Ministro, além de se mostrar absolutamente convicto, parece se orgulhar do pensamento, já que o repete há anos, inclusive em ementas de julgamento e no discurso proferido no dia 17 de junho de 2010, em solenidade comemorativa às suas duas décadas como integrante daquela Corte. Interessante passagem de Canotilho, cujos trechos servirão de epígrafe para o próximo capítulo, são pertinentes para o debate: existem espaços de invisibilidade onde se programa informação relevante para a decisão. Nas antecâmaras da decisão, “produzem-se critérios não codificados” que acabam por se transformar,

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:

ao arrepio dos critérios formais, nos critérios fundamentadores da decisão. Dir-se-ia, em termos de teoria da informação, que existe aqui um verdadeiro *paradoxo da decisão*: só se pode decidir depois de se obter a informação, mas a informação aqui é discriminatória e invisivelmente introduzida e é mesmo remetida para o “silêncio” na explicitação fundamentadora. Dito por outras palavras: na perspectiva do sistema da informação os critérios invisíveis e os momentos informais são mecanismos de seleção procedimental ou processual conducentes (ou, pelo menos, influenciadores) à decisão sem que em momento formal algum beneficiem de qualquer explicitação. A invisibilidade é total quando se chega à fase da fundamentação. Em grande número de casos de júris acadêmicos, primeiro decide-se e depois adapta-se a fundamentação à decisão previamente tomada. (13/14) Exige-se, pois, saber e ciência ao decisor para este decidir com saber e ciência. O decidir é um acto de prudência, pois a prudência outra coisa não é senão a decisão justa, sobretudo em situações de incerteza. O paradoxo da decisão é o de se transformar o incerto em certo através de um processo invisível na produção de informações que não aparecem procedimental ou processualmente, de forma transparente, na produção da decisão (Julgar e decidir as invisíveis manhas da decisão nos “tribunais acadêmicos”. *Revista Julgar*, nº 1, 2007, disponível em: sites.google.com/site/julgaronline, acesso em: 09 de agosto de 2012, p. 13/15). Também Taruffo: “O Direito, na realidade, em grande medida omite-se em relação aos modos como o juiz raciocina ou deveria raciocinar. Além disso, é fácil verificar que o juiz, ao formular o raciocínio que se conclui com a decisão, e mesmo quando justifica esta, emprega, como se costuma dizer, o *material* e as *formas* mais díspares e heterogêneas: linguagem técnica e linguagem comum, esquemas e modelos de argumentação, formas dedutivas, juízos de valor, instrumentos de persuasão retórica, conhecimentos de variada natureza, regras éticas e de comportamento, interpretações, escolhas de diversos gêneros etc. Trata-se, pois, de um raciocínio estruturalmente complexo e heterogêneo, no qual se encontram e se baralham diversas dimensões lógicas, linguísticas, cognoscitivas e de argumentação. [...] É preciso, pois, conscientizar o fato de que o raciocínio do juiz é inevitavelmente *imerso* no senso comum, o qual compõe, juntamente com o Direito, o seu contexto inafastável. Embora isso ocorra com frequência, seria um erro substancial de perspectiva *extrair* o raciocínio do juiz desse contexto, *prescindindo-se* deste por encará-lo como um simples esquema lógico colocado no vácuo. Isso aconteceu com várias teorias sobre a decisão judiciária que, pretendendo isolar e pôr em evidência a estrutura lógica da sentença (talvez para afirmar sua aderência ao modelo silogístico), acabaram por sugerir imagens *radiográficas* muitas vezes desfocadas ou não muito fiéis, em vez de retratos razoavelmente completos do raciocínio do juiz. [...] A noção de senso comum inclui as condições de base que na cultura de uma época definem o que se pode dizer e pensar e como isso pode ser pensado”. (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, p. 102/103) Danilo Knijnik enxergou traços positivos nesse raciocínio, inclusive contextualizando-o na discussão acerca do realismo jurídico: Ceticismo fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório. *Prova Judiciária*: estudos sobre o novo Direito Probatório. Danilo Knijnik (Coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 20/21. Uma boa análise do realismo pode ser encontrada em CAYÓN, José Ignacio Solar. *El Realismo Jurídico de Jerome Frank*: normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial. Madrid: Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado, 2005. Curiosamente, também o Ministro Luiz Fux, presidente da Comissão de Juristas que elaborou o anteprojeto de Código, compartilha tal pensamento e o revelou em depoimento prestado na Universidade do Estado do Rio de Janeiro: “Primeiro procuro ver qual é a solução justa. E, depois, procuro uma roupagem jurídica para essa solução”. (Disponível em: www.direitouterj.org.br/2005/jfdir70/) 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 103.412/SP – Publicação DJe: 23/08/12 - Relatora Min. Rosa Weber). Sobre o denominado livre convencimento, vale conferir a já citada tese de Clarissa Guedes. Sobre o risco de decisões arbitrárias e sua “controlabilidade”, amplamente: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2008, especialmente a primeira parte.

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. Subsistirá sempre uma dúvida sobre a verdadeira natureza desse fenômeno...³³.

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 judicial³⁴.

A fundamentação da decisão é a pedra de toque em um processo que leve a sério o devido processo legal³⁵.

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 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.

Perdoe-se o truísmo: para que se preocupe com o conteúdo da motivação, primeiro é necessário que essa motivação exista materialmente, em substância, já que sua existência formal não apresenta maiores problemas.

Evidentemente a fundamentação não compreende toda a descrição do caminho mental percorrido pelo juiz na valoração dos fatos e das normas, mas, sim, de uma justificação racional e objetiva acerca da conclusão que se anuncia. Não se trata apenas de um discurso retórico/persuasivo, devendo o juiz demonstrar a veracidade dos fatos de acordo com as provas disponíveis, explicitando as razões que sustentam racionalmente a conclusão³⁶.

³³ Provas atípicas. *Revista de Processo*, nº 76. São Paulo, RT, out./dez. de 1994, p. 115.

³⁴ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. O Problema do “livre convencimento” e do “protagonismo judicial” nos códigos brasileiros: a vitória do positivismo jurídico. *Reforma do Processo Civil: perspectivas constitucionais*. Flaviane de Magalhães Barros e José Luiz Bolzan de Moraes (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2010.

³⁵ 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.

³⁶ “*Ciò porta a sottolineare che, indipendentemente da eventuali movenze retoriche, l'obbligo di motivazione richiede che la giustificazione della decisione in fatto esista, sia completa e sia altresì coerente*”. (TARUFFO. *La Semplice...*, p. 241) Nesse sentido: ABELLÁN, Marina Gascón. *Los Hechos em el Derecho: bases argumentales de la prueba*. 3ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2010, capítulo IV. Fundamentação como dever essencial e como

Oportuna a transcrição deste trecho de Arthur Kaufmann:

Se examinarmos a prática judicial actual de um ponto de vista metodológico, ficamos com a impressão de que, neste campo, o tempo parou. Ainda é dominante o método subsuntivo igual ao utilizado no século XIX. Ainda vigora a tese segundo a qual o juiz “só está sujeito à lei” e, provavelmente, ainda existirão juízes que estão, realmente, convencidos que formulam a decisão de um modo puramente objetivo, baseados única e exclusivamente na lei, sem interferência de nenhum juízo de valor pessoa.

E, após considerar inevitável a carga axiológica do juiz, aponta o autor a existência de “fundamentações aparentes”, concluindo que “censurável é o facto de não argumentarem com clareza, antes proferindo um acto de autoridade/poder (para evitar mal-entendidos,: jurisprudência sem autoridade/poder, sem decisão, não é possível; simplesmente, a autoridade/poder deve justificar-se pela argumentação)”³⁷.

Sentença não é fruto nem objeto de crença; trata-se de ato estatal submetido a controle e que deve se integrar a um arcabouço constitucional que lhe impõe limites e a condiciona. Problemas que se vislumbram nesse contexto e que o art. 489, §1º, CPC e o art. 315, §2º, CPP, visam a evitar: fundamentação fictícia, dissociadas das circunstâncias do caso concreto; motivação implícita, que se satisfaz com a incompatibilidade aparente entre argumentos, sem que se explique, até mesmo no que consiste a incompatibilidade; motivação *per relationem*; motivação que se limita a reproduzir jurisprudência, sem demonstrar a pertinência com o caso concreto³⁸.

Também se mostra atentatória à plenitude da motivação a referência parcial às provas, limitando-se a mencionar aquelas que confirmam a conclusão, desprezando as

limite: 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, p. 358/363. Dispõe o art. 489, §1º, do novo CPC: “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

³⁷ Filosofia do Direito, teoria do Direito, dogmática jurídica. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira (trad.). A. Kaufmann e W. Hassemer (Org.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 184/185. Veja-se, do mesmo autor, *Filosofia do Direito*. 2ª ed. António Ulisse Cortês (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 84/92.

³⁸ TARUFFO. *La Semplice... cit.*, p. 241/245.

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 razionale, in quanto risulta confermata dall'analisi critica di tutte le prove disponibili. In questo senso, si potrà dire che essa enuncia la verità³⁹.

Exatamente para o correto enquadramento da prova no modelo constitucional de processo é que se afigura relevante o debate acerca da busca da verdade.

Não se trata de defender aqui a existência de uma verdade absoluta ou de construir a tradicional proposta de que a verdade processual é peculiar em relação ao mundo exterior⁴⁰, mas, sim, procurar demonstrar que o compromisso da prova com a verdade é uma face da concretização no processo de valores constitucionais.

Trata-se de tema que voltou a ser protagonista da prova e que não pode ser ignorado em nenhuma discussão sobre o tema, ainda que seja pródigo em dificuldades conceituais. A busca pelo conhecimento da verdade⁴¹ é, portanto, uma antiga novidade por que deve passar o estudo probatório.

³⁹ *Idem*, p. 245.

⁴⁰ É conhecida opinião de Calamandrei, para quem um fato é verdadeiro quando se atinge na consciência de quem julga o grau máximo de verossimilhança que, em relação aos limitados meios de conhecimento de que dispõe, basta para lhe dar a certeza subjetiva de que determinado fato tenha ocorrido (*"Aun para el juez más escrupuloso y atento, vale el límite fatal de relatividad propio de la naturaleza humana: lo que vemos, sólo es lo que nos parece que vemos. No ver Paidade, sino verosimilitud: es decir, apariencia (que puede ser también ilusión) de ver Paidade"* Verdad y verosimilitud en el proceso civil. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. vol. III. Santiago Sentís Melendo (trad.). Buenos Aires: Librería El Foro, 1996, p. 318/319. Cf., FLACH, Daisson. *A Verossimilhança no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2009, p. 41/51 e 66/73. A relação entre certeza e verdade não prescinde da leitura de MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. vol. I. Alexandre Augusto Correia (trad.). São Paulo: Saraiva, 1960, primeira parte.

⁴¹ *"una cosa es la verdad y otra, muy diferente, es el conocimiento de la verdad. Decimos que una persona sabe que p cuando se dan, al menos, las siguientes tres condiciones: (i) p es verdad, (ii) a cree que p, y (iii) hay evidencia suficiente para considerar que p ha sido demostrada"*. [...] *"Es importante entender que los hechos son lo que son y no lo que los jueces y otros funcionarios digan que son. El hecho de que el procedimiento de encontrar éstos termine en una sentencia del juez competente con base en la evidencia presentada dentro de un lapso de tempo limitado, no altera el hecho de que este procedimiento se propone establecer la ver Paidade, y que el juez está bajo la obligación de buscar la ver Paidade. Uma fala en la determinación de la ver Paidade – mientras sea algo excepcional – no invalida la sentencia del juez, que es considerada como jurídica y produce todos sus efectos legales. Éste es el precio que el Derecho está dispuesto a pagar en aras de la seguridad social y de la paz, esto es, por ser capaz de resolver conflictos sociales dentro de ciertos límites temporales. Pero, si los jueces hubieran de basar generalmente sus sentencias en proposiciones falsas acerca de los hechos, se pervertiría todo el sistema del Derecho"* BULYGIN, Eugenio. El conocimiento y la interpretación del Derecho. *El Derecho en Acción: ensayos sobre interpretación y aplicación del Derecho*. Colección Filosofía y Teoría del Derecho, n° 6. Lima: ARA, 2010, p. 32 e 35. Nesse mesmo volume, há um ótimo contraponto de Jordi Ferrer Beltrán: *"Está probado que 'p'"* (p. 120/148); o tema foi desenvolvido pelo mesmo autor em seu livro *Prueba y Verdad en el Derecho*. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.

Insista-se neste ponto: não se trata de se averiguar se é possível atingir-se uma verdade⁴² absoluta no processo, pela singela razão que essa impossibilidade não é exclusividade do campo processual⁴³. 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.

O conhecimento dos fatos é, por definição, limitado⁴⁴, cabendo lembrar, nesse contexto, conhecida citação:

O intelecto finito não logra atingir a verdade das coisas, com exatidão, mediante a semelhança. A verdade não é suscetível de mais nem menos, consistindo em algo indivisível. Nada que não seja a verdade mesma logra medi-la com exatidão, assim como o não-círculo não pode medir o círculo, cujo ser consiste em algo indivisível. Portanto, o intelecto, que não é a verdade, jamais compreende a verdade tão exatamente que ela não possa ser compreendida infinitamente com mais exatidão. O intelecto está para a verdade como um polígono inscrito num círculo. Quanto mais ângulos tiver, tanto mais semelhante há de ser ao círculo. Contudo, nunca será igual, embora se multipliquem os ângulos ao infinito, a não ser que se resolva na identidade com o círculo. É evidente, pois, acerca do verdadeiro nós não sabemos outra coisa a não ser que não é compreensível com exatidão tal como ele é. A verdade constitui-se em necessidade absolutíssima, que não pode ser maior ou menor do que é, e nosso intelecto constitui-se em possibilidade. A quiddidade das coisas, portanto, que é a verdade dos entes, não é atingível em sua pureza e

⁴² Principais Teorias sobre a verdade: correspondência, pragmática e coerência; há outras teorias relevantes, mas, ainda assim, questiona-se até que ponto todas elas se diferem em essência: SUCAR. Ob. cit. p. 102/133.

⁴³ Trata-se de tema que se relaciona profundamente com as denominadas provas científicas: RICCI, Ugo. PREVIDERÈ, 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 prognóstico 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.

⁴⁴ Amplo estudo sobre esse problema, que foi denominado de “*epistemología judicial de los hechos*”, em ABELLÁN, Marina Gascón. *Los Hechos en el Derecho*: bases argumentales de la prueba. 3ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2010, *passim* (o trecho entre aspas está na página 16). O problema das “falsas memórias”, que se mostra ainda mais sensível no processo penal, campo em que, ao menos no Brasil, é pródigo o uso de prova testemunhal. Sobre o tema: GESU, Cristina di. *Prova Penal e Falsas Memórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. LOFTUS, Elizabeth. KETCHAM, Katherine. *Juicio a la Memoria*: testigos presenciales y falsos culpables. Sáenz de Miera y Francisco López Martín (trad.). Barcelona: ALBA, 2011.

tem sido procurada por todos os filósofos, mas não foi encontrada por ninguém tal como ela é. E quanto mais profundamente formos doutos nessa ignorância, tanto mais nos aproximamos da verdade em si⁴⁵.

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 concreto⁴⁶.

É notória a divergência entre a concepção demonstrativa e a concepção persuasiva da prova⁴⁷, mas, desde que definidos os limites do que se entende pela verdade como objetivo do processo, entendo que se deve superar a aversão ou verifobia moderna.

Efetivamente, há o fenômeno que já se denominou de “inimigos da verdade” e de modo simplificado, no campo processual, essa “inimizade” está em duas categorias principais: aqueles que entendem que a verdade não pode ser buscada no processo, em razão de suas inerentes limitações, e aqueles que defendem que não se deve buscá-la, por entenderem que não é esse o fim do processo, cuja preocupação se limita à resolução de um conflito concreto⁴⁸.

Essa rejeição à noção de verdade decorre precisamente da ideia de que se deveria encontrar uma “verdade absoluta”⁴⁹, o que de resto é impossível em qualquer quadrante do conhecimento, não só processual, reservando-se sua busca para práticas religiosas e metafísicas.

Na realidade, toda verdade é relativa, na medida em que é contextual e vinculada à realidade em que se estabelece, por meio das provas disponíveis⁵⁰, tanto fática, como juridicamente.

⁴⁵ CUSA, Nicolau de. *A Doutra Ignorância*. Reinholdo Aloysio Ullmann (trad.). Porto Alegre, EDIPUCRS, 2002, p. 47.

⁴⁶ Por todos: TARUFFO. *La Semplice Verità: il giudice e la costruzione dei fatti*. Bari: Laterza, 2009.

⁴⁷ *Idem*. Também: GIULIANI, Alessandro. *Il Concetto di Prova: contributo alla logica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1971. ZANETI JR., Hermes. *Direito probatório, lógica jurídica e processo: a racionalidade prática procedimental e o retorno ao juízo. Provas: aspectos atuais do direito probatório*. Daniel Neves (Coord.). São Paulo: Método, 2009. REICHEL, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. GRECO, Leonardo. O conceito de prova. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

⁴⁸ TARUFFO, Michele. *Verdad y probabilidad en la prueba de los hechos. Páginas sobre Justicia Civil*. Maximiliano Aramburo Calle (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2009, item 2, cujo título é precisamente “Los enemigos de la verdad”.

⁴⁹ “Contro l’etica della verità significa a favore di un’etica del dubbio. Al di là delle apparenze, il dubbio non è affatto il contrario della verità. È incontestabile che solo chi crede nella verità può dubitare, anzi: dubitarne. [...] Così, l’etica del dubbio non è contro la verità, ma contro la verità dogmatica, che è quella che vuole fissare le cose una volta per tutte e impedire o squalificare quella cruciale domanda: ‘sarà davvero vero?’”. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Contro L’etica della Verità*. Bari: Laterza, 2008, p. VII/VIII.

⁵⁰ *Idem*, p. 415/416. Todas essas questões são enfrentadas com proficiência por Taruffo em *La Semplice... cit.*

Arthur Kaufmann considera que no campo jurídico existem critérios de evidenciação e falsificação, de experiência e observação, de clarificação e de argumentação racional, de intersubjetividade e de universalidade, que permitem falar de conhecimentos verdadeiros, apesar de só em casos raros haver apenas uma solução verdadeira, existindo de um modo geral soluções adequadas, plausíveis, defensáveis, ao lado de outras igualmente defensáveis⁵¹.

Outro expediente comum – e equivocado – para simplificar a busca da verdade é a utilização do binômio “verdade formal/verdade material”, ainda muito utilizado na jurisprudência e no cotidiano forense, mas felizmente já criticado nas obras doutrinárias mais modernas⁵².

Veja-se que Castro Mendes já considerava a noção de “verdade real” como uma indignidade científica, que deveria ser banida da ciência jurídica⁵³.

Nesse debate sobre a relação entre a verdade e o processo, uma análise relevante está na verificação dos tipos de procedimentos e as dificuldades para estabelecimento da verdade provocadas pela própria especificidade procedimental. Há situações em que simplesmente, pelas mais variadas razões, retira-se do processo qualquer preocupação com a verdade, implementando-se uma limitação da cognição. Não se trata de buscar uma verdade formal; há, sim, uma indiferença em relação à verdade fática, privilegiando-se outros valores mais caros à determinada política legislativa. O recorte cognitivo, com o consequente sacrifício da verdade fática, pode ser uma modalidade útil de tutela de direitos. Mas há que se tratar com o devido cuidado o conceito de probabilidade. Se o provável for utilizado porque não se pode conhecer o verdadeiro, trata-se do problema de se pensar a verdade como algo absoluto. Se a probabilidade é vista como um estágio inferior de conhecimento, estamos diante de uma redução equivocada de uma categoria complexa, que é objeto de diversos estudos filosóficos e matemáticos. No campo processual, é conhecida a utilização do teorema de Bayes para a quantificação do raciocínio judicial. A probabilidade, inclusive, pode ser utilizada para o descobrimento da verdade no processo, não havendo nenhuma contradição no termo “verdade provável”, no sentido de confirmação lógica que as provas disponíveis atribuem aos enunciados relativos aos fatos, isto é, verdade dos fatos equivalente ao grau de confirmação que

⁵¹ A problemática da filosofia do Direito ao longo da história. *Filosofia do Direito, teoria... cit.*, p. 184, acrescentando que sua concepção decorre do fato de não dispor da “capacidade hercúlea de Dworkin”.

⁵² Cf. TARUFFO. *La Semplice... cit.*, p. 83/85. Ainda: BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y Verdad en el Derecho*. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2005. *La Valoración Racional de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. “Está probado que ‘p’”. *El Derecho en Acción: ensayos sobre interpretación y aplicación del Derecho*. Colección Filosofía y Teoría del Derecho, nº 6. Lima: ARA, 2010. Mas as expressões não foram banidas, como se vê em tese de doutorado defendida na PUC/SP e recentemente publicada: MACEI, Demetrius Nichele. *A Verdade Material no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2013.

⁵³ A contraposição entre verdade material e verdade formal, ainda hoje largamente utilizada pela doutrina e jurisprudências brasileiras, foi considerada por Castro Mendes como “das invenções mais perniciosas para a clareza das ideias neste campo” (*Do Conceito de Prova em Processo Civil*. Lisboa: Ática, s/d., p. 387 e 401/402).

as provas atribuem às afirmações de fatos relevantes para a causa, a fim de que sejam considerados verdadeiros⁵⁴.

Em suma, até a decisão final, o processo é composto por afirmações de fatos hipotéticas e tendencialmente incertas, na medida em que cada postulante apresenta uma versão parcial (limitada e interessada) dos fatos. Evidentemente a conduta de uma das partes pode contribuir para dar razão à outra parte e, com isso, ensejar o conhecimento pleno e verdadeiro dos fatos, mas as afirmações sobre os fatos se mostram vinculadas à estratégia argumentativa, fazendo com que, por meio do contraditório, haja constantes “negações de verdade” entre as partes. O processo visa, portanto, a obter elementos para diminuir, até eliminar, esse estado de incerteza cognitiva. Provas e o procedimento em contraditório possibilitam, assim, a elaboração justificada de uma solução definitiva, com o afastamento daquela ignorância cognitiva até então presente. A admissão dessas provas, contudo, não é absoluta e conta com limitações normativas relacionadas a questões procedimentais, a vedações de meios de prova, impossibilidades materiais, ônus, presunções, relevância lógica e jurídica⁵⁵.

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 provada, 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 descritiva⁵⁶. Aqueles que consideram que a verdade processual é aquela encontrada no interior do próprio processo, abstraindo a verificação efetiva do fato exterior, também hão que entender que todo enunciado processual é verdadeiro⁵⁷, numa evidente posição solipsista sobre o tema.

⁵⁴ TARUFFO. Verdad y probabilidad... cit., p. 421 e ss. A probabilidade conta com estudos formais e sistemáticos desde o século XVII (elegu-se precisamente o ano de 1654, com estudos de Pascal), no campo matemático e no filosófico. PESTANA Dinis Duarte. VELOSA, Sílvia Filipe. *Introdução à Probabilidade e à Estatística*. vol. I. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008, p. 191/322. HACKING, Ian. *El Surgimiento de la Probabilidad*: un estudio filosófico de las ideas tempranas acerca de la probabilidad, la inducción y la inferencia. Amplamente: TILLERS, Peter. GREEN, Eric D. (Org.). *L'Inferenza Probabilistica nel Diritto delle Prove*: usi e limiti del bayesianesimo. Milano: Giuffrè, 2003. Ainda: EGGLESTON, Richard. *Prova, Conclusione Probatoria e Probabilità*. Donata Romizi (trad.). Milano: Giuffrè, 2004. Cf., ainda, MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da Tutela*: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: RT, 2013, p. 98/100.

⁵⁵ Cf. TARUFFO, Michele. Elementos para um análisis del juicio de hecho. *Sobre las Fronteras: escritos sobre la justicia civil*. Beatriz Quintero (trad.). Bogotá: Temis, 2006, p. 213/252.

⁵⁶ BELTRÁN, Verdad... cit., p. 20/27.

⁵⁷ 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.

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 e inspiram escolhas para a estrutura e o funcionamento do processo que afetam sua dimensão epistêmica⁵⁸.

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 processo⁵⁹.

A racionalidade da prova, portanto, deve estar presente desde a sua admissibilidade, a fim de possibilitar a produção e valoração igualmente racionais.

Essas são as breves reflexões que extraímos dos textos do Professor Sergio Demoro Hamilton, a quem renovamos as homenagens devidas.

Rio, verão de 2020⁶⁰.

⁵⁸ Amplamente: TARUFFO. *La Semplice... cit.*, capítulo IV.

⁵⁹ TARUFFO. *La Semplice...cit.*, p. 83.

⁶⁰ Tradicionalmente, Demoro Hamilton encerra seus trabalhos registrando a estação do ano em que o trabalho foi escrito e, assim, reiteramos a homenagem.