

Ravi Peixoto

**STANDARDS
PROBATÓRIOS NO
DIREITO PROCESSUAL
BRASILEIRO**

2021

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

A BUSCA POR UM MODELO OBJETIVO DO DIREITO PROBATÓRIO

1.1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

Este capítulo tem por objetivo o estabelecimento das bases e dos conceitos do direito probatório que serão utilizados para o desenvolvimento dos *standards* probatórios. Não se objetiva a construção de uma teoria do direito probatório, mas tão somente estabelecer alguns conceitos que servirão de base para o desenvolvimento da temática dos *standards* probatórios.

O principal elemento a ser construído neste capítulo envolve o modelo de raciocínio probatório, que abarca desde o juízo de admissibilidade das provas até o que significa afirmar que uma determinada hipótese fática está provada. A partir do modelo adotado, tem-se consideráveis reflexos para o tema dos *standards* probatórios.

Os fatos, em regra, não entram no processo em sua materialidade empírica, brutos, mas por meio dos enunciados que o descrevem ou, de forma mais frequente, mediante conjuntos ordenados de enunciados. Isso ocorre porque os fatos não são verdadeiros ou falsos, mas apenas existem, ou não.¹ O que se discute, em relação à condição de provados, ou não, no processo, são enunciados sobre fatos que ocorreram no passado. O processo, então, do ponto de vista fático, é formado por uma série de enunciados sobre fatos ocorridos em relação aos seus diversos sujeitos.²

1 UBERTIS, Giulio. Truth, evidence and proof in criminal proceedings. *International Journal of Procedural Law*, v. 4, n. 1, 2014, p. 82. No mesmo sentido: DALIA, Gaspare. *Convincimento giudiziale e ragionevole dubbio*. Padova: Cedam, 2018, p. 29.

2 TARUFFO, Michele. O fato e a interpretação. In: *Ensaio sobre o processo civil: escritos sobre processo civil e justiça civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 89; TARUFFO, Michele. Verdade e processo. *Processo civil comparado: ensaios*. Tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 38-39. Sobre fatos brutos e suas descrições: ANSCOMBE. G. E. M. On brute facts. In: TWINING, William; STEIN, Alex (ed.). *Evidence and proof*. Nova Iorque: New York University Press, 1992.

Dessa forma, o objeto da prova no processo são as hipóteses fáticas construídas pelos sujeitos processuais. Para uma correta análise do fenômeno probatório, é imprescindível que haja a definição da seguinte proposição: “Está provado que *h*”. A definição buscada é independente do ramo do direito observado, seja ele penal, administrativo, civil, tributário etc.³

1.2. O CONCEITO DE PROVA E A NECESSÁRIA REFLEXÃO SOBRE A VALORAÇÃO PROBATÓRIA

Antes de partir para a discussão acerca dos modelos de raciocínio probatório, importa estabelecer um conceito base: o que é a prova. Deve-se ter em mente que o termo prova é polissêmico, tendo, em geral, três significações distintas:⁴

i) meios de prova, situação que faz referência tanto aos meios de prova, como prova testemunhal, pericial, documental etc., como a uma prova individualizada;

ii) procedimento probatório, que seria a atividade de inserção de elementos probatórios a favor ou contra uma determinada hipótese fática. Seria a fase de dilação probatória do processo; e

iii) ao resultado da avaliação das provas, posterior à fase de dilação probatória, que seria a consideração de que determinada hipótese fática está provada, ou não. Nesse aspecto, ainda, seria possível destacar uma diferenciação interna acerca da avaliação das provas, que pode fazer referência tanto ao resultado específico de um meio específico de prova, a exemplo de que o documento D prova a hipótese H1, como ao resultado global de avaliação das provas. É possível denominar prova como resultado parcial no primeiro sentido e prova como resultado conjunto no segundo.⁵

Na valoração das provas, tem-se um momento crucial, que consiste no sistema utilizado pelo ordenamento jurídico. Tradicionalmente, esses sistemas são divididos em íntima convicção, em que o juiz forma o seu juízo sobre os fatos livremente, dispensada a fundamentação; tarifação legal, em

3 Muito embora, nos diferentes ramos do direito possa haver a diferenciação a partir do standard probatório exigido, o conceito básico de “Está provado que *h*”, enquanto modelo de raciocínio não é alterado.

4 GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. 3ª ed. Madri: Marcial Pons, 2010, p. 76-77.

5 FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. 2ª ed. Madri: Marcial Pons, 2005, p. 29.

que o valor das provas é pré-fixado pela legislação;⁶ e livre convencimento motivado, sistema pelo qual a convicção é livre, desde que devidamente fundamentada.⁷

A avaliação das provas no direito brasileiro, de acordo com a doutrina, tem por base o livre convencimento motivado ou a persuasão racional.⁸ Mesmo aqueles que professam um suposto abandono do livre convencimento motivado no Código de Processo Civil (CPC)/2015, face a retirada do termo “livre” no art. 371 em relação ao art. 131 do CPC/1973, não indicam qual seria o modelo substituto, limitando-se a falar em fim de um modelo discricionário.⁹ Ao contrário do que fazem parecer alguns autores, o CPC/2015 não trouxe qualquer novidade normativa, tendo apenas um efeito retórico. O livre convencimento motivado nunca teve por objetivo a permissão para pessoalismos e arbitrariedades, sempre sendo exigido pela doutrina a utilização de critérios racionais.¹⁰

-
- 6 Afigura-se importante a revisão histórica empreendida por Mirjan Damaška em livro que remete ao período histórico da suposta prevalência da tarifação legal, em que, dentre outros temas, revisa se essa suposta tarifação legal impedia um campo de liberdade na apreciação das provas pelo juiz (DAMAŠKA, Mirjan. *Evaluation of evidence: pre-modern and modern approaches*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018).
 - 7 Uma revisão sobre esses sistemas pode ser vista em: RUÇO, Alberto Augusto Vicente. *Prova e formação da convicção do juiz*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 27-38.
 - 8 AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: RT, 2015, p. 39; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. Comentários ao art. 371. OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos. *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença – comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2016, p. 244-246; ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2015, v. II, t. II, p. 168-170; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. I, p. 860; GUERRA, Marcelo Lima. *Prova judicial: uma introdução*. Fortaleza: Boulesis Editora, 2016, p. 4.
 - 9 STRECK, Lenio Luiz. As provas e o novo CPC: a extinção do poder de livre convencimento. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (coords.). *Direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2016.
 - 10 Essa crítica já havia sido feita na seguinte obra: PEIXOTO, Ravi; MACÊDO, Lucas Buriel de. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 64-67. Interessante crítica a essa suposta mudança normativa indicada por Lenio Streck foi realizada por Marcelo Lima Guerra, segundo o qual “o autor, além de apresentar do assim chamado ‘princípio do livre convencimento motivado’ uma versão caricatural manifestamente errônea e sem amparo na doutrina processual, ainda se equivoca ao considerar este ‘princípio’ como diretiva aplicável à interpretação de textos legais. A adoção clara do sistema de livre convencimento motivado,

O problema é que os dois pontos de vista possuem um sentido negativo claro. No primeiro caso, a ausência de taxação legal do peso de cada prova,¹¹ e, no segundo, algo como a ausência de discricionariedade. Mas, por outro lado, não têm um claro sentido positivo, com a indicação dos requisitos para que se considere uma hipótese dada como provada. Adotado o livre convencimento motivado, ainda assim resta um vácuo de definição, pois este sistema de avaliação nada diz sobre como valorar as provas ou mesmo o grau de aceitabilidade necessário para que uma hipótese esteja provada.¹² Em outros termos, ao menos na doutrina brasileira, não se tem um sistema de valoração racional que indique critérios para a avaliação das provas.

Por isso, é importante que haja a devida construção de um modelo de raciocínio probatório apto a influenciar não apenas a avaliação das provas, condicionando o sistema de livre convencimento motivado, mas também os demais elementos do próprio conceito de prova. Para realizar essa empreitada, a primeira parte deste capítulo irá avaliar os possíveis sentidos do enunciado “está provado que *h*”¹³ como resultado da avaliação probatória, que configuram uma relação direta com os modelos de raciocínio probatório, para que, posteriormente, seja possível um aprofundamento do modelo tido como mais adequado.

adotado na norma do art. 131 do CPC/73, jamais foi compreendida pela doutrina processual com a falaciosa versão que lhe deu o autor mencionado. As referências doutrinárias nesse sentido são tão numerosas, que se faz impossível desnecessário-apresentar algo diverso de uma pequena indicação exemplificativa. (...) Agora, se há juízes que invocavam esta norma para, contra a própria norma, deixarem de valorar racionalmente a prova, isto não pode ser atribuído à própria norma, mas sim a deficiências contingentes e empiricamente determinadas, associadas seja ao sistema de seleção e formação de juízes, no Brasil, seja, principalmente, à própria doutrina, que ainda não se empenhou a contento em oferecer modelos de valoração racional da prova, que pudessem ser utilizados e seguidos pelos juízes”. (GUERRA, Marcelo Lima. *Prova judicial...* cit., p. 4, nota n. 5).

11 FORZA, Antonio; MENEGON, Giulia; RUMIATI, Rino. *Il giudice emotivo - la decisione tra ragione ed emozione*. Bolonha: Il Mulino, 2017, p. 22.

12 BADARÓ, Gustavo. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 4, n.1, jan./abr.-2018, disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/index>, acessado em 02 de novembro de 2019, p. 62.

13 *H* deve ser compreendido como fazendo referência a uma hipótese probatória.

1.3. A PERSUASÃO DO JUIZ COMO ELEMENTO CENTRAL DO DIREITO PROBATÓRIO

Sob esse ponto de vista, são inseridas as teses daqueles autores cujo cerne da prova é o estado psicológico do juiz; a prova tem primordialmente uma função persuasiva. Para Chiovenda, por exemplo, “provar significa formar o convencimento do juiz acerca da existência, ou não, existência de fatos de importância no processo”.¹⁴ Algo semelhante pode ser observado em Couture, segundo o qual, a prova tem por objetivo “formar no espírito do juiz um estado de convencimento acerca da existência ou inexistência das circunstâncias relevantes do processo”.¹⁵ Esse também é um ponto de vista que pode ser verificado em autores mais recentes, a exemplo de Khaled Jr., defensor da tese de que “o ponto de partida [das provas] deve ser o conceito de atividade encaminhada a conseguir o convencimento psicológico do juiz”.¹⁶

Há, ainda, autores que podem ser inseridos, em parte, nesse modelo de raciocínio probatório, como é o caso de Moacyr Amaral Santos, pois, para o autor, a prova é necessariamente dividida em dois sentidos: i) um sentido objetivo, no qual tem por objetivo “fornecer o juiz o conhecimento da verdade dos fatos deduzidos em juízo”, obtido por intermédio dos meios de prova e ii) um sentido subjetivo, que consistiria em formar no espírito do juiz, seu principal destinatário, a convicção da verdade dos fatos”. Esses dois sentidos da prova são indissociáveis e se completam, fazendo com que a prova possa ser resumida na “soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo”.¹⁷

14 Tradução livre do original: CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Trad. de José Casais y Santalo. Madri: Editorial Reus, 1925, §59, p. 281.

15 Tradução livre de: “para formar en el espíritu del juez un estado de convencimiento acerca de la existencia e inexistencia de las circunstancias relevantes del juicio”. (COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ª ed. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958, p. 218).

16 KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal*: para além da ambição inquisitorial. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2013, p. 388; KHALED JR., Salah H. O caráter alucinatório da evidência e o sentido da atividade probatória: rompendo com a herança inquisitória e a filosofia da consciência. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (coord). *Verdade e prova no processo penal*: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 311-312. No mesmo sentido: ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Proceso y verdad*. *Revista Brasileira de Direito Processual*, n. 103, jul./set.-2018, p. 32.

17 SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao código de processo civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. IV, p. 4. Raciocínio semelhante pode ser visto em outra obra

Os críticos desse modelo de direito probatório apontam que a função da atividade probatória acaba focada na figura do juiz, mais ainda, na persuasão/convencimento do juiz do *caso*. A decisão acaba por depender mais das condições pessoais do magistrado, de sua persuasão, do que da existência de elementos probatórios em relação a uma das hipóteses fáticas. Assim, essa perspectiva da prova diminui a importância do elemento objetivo das provas, da força inferencial do raciocínio probatório; por vezes o seu foco acaba dirigido ao aspecto psicológico do sujeito que se pretende convencer, no caso, o juiz.¹⁸

Um possível efeito perigoso dessa concepção está presente em diversas decisões judiciais que acolhem o raciocínio de que “o juízo acerca da necessidade ou não da produção de prova é uma faculdade do magistrado”.¹⁹ Note-se que, se basta o convencimento do juiz, está legitimada essa interpretação do art. 370 do CPC, não importando que constem nos autos outras provas pertinentes e relevantes.²⁰

A principal crítica a esse ponto de vista é a criação de entraves para o controle da atividade probatória. Em sendo a crença de um determinado sujeito o parâmetro de controle, acaba sendo desenhada uma noção de prova com caráter subjetivo e, por consequência, com maior dificuldade de ser objeto de um controle racional.²¹ Isso ocorre porque, se o objetivo primordial da prova é a criação de um estado psicológico, não há um parâmetro externo de correção.²² O estado psicológico do juiz pode ter sido gerado por diversos motivos alheios às provas dos autos e, sendo o objetivo primordial

do autor, embora com maior foco no elemento objetivo da prova: SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. I, p. 4-5, 400-401.

18 RIVERA MORALES, Rodrigo. *La prueba: un análisis racional y práctico*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 35; BAYON, Juan Carlos. Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano. *Revista Jurídica Mario Alario D' Filippo*, v. 2, n. 4, 2010, disponível em: <https://revistas.unicartagena.edu.co>, acessado em 25 de julho de 2019, p. 7.

19 STJ, 4ª T., AgInt no REsp 1.336.998/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 12/11/2019, DJe 26/11/2019.

20 Não se afirma, com isso que toda e qualquer prova requerida pelas partes deve ser produzida, no entanto, afigura-se inviável que o fundamento para a produção de outras provas seja tão apenas o convencimento do juiz.

21 FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho...* cit., p. 83.

22 GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. 3ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 40; RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal*. São Paulo: RT, 2018, p. 24.

o seu convencimento, o que importa é a conclusão – convencimento do juiz – e não propriamente as provas.²³

De toda forma, não parece possível afirmar que a adoção de uma perspectiva persuasiva da prova é adotada por autores que defendem uma concepção subjetiva da prova, alheia ao controle argumentativo, ou mesmo que se confunda com o modelo de valoração íntima da prova. Essa colocação extrema, visualizada em alguns autores que adotam posição diferente, não é correta.²⁴ Em nenhum dos autores que acolhem essa aceção da prova é possível visualizar a desvalorização da fundamentação no momento da decisão sobre os fatos. Todos escrevem sob o paradigma do livre convencimento motivado e não tendo por base o sistema da livre convicção.

O problema é que deslocar o foco do direito probatório para o simples convencimento do juiz e não propriamente na questão da relação entre as provas e a corroboração das hipóteses fáticas acaba dificultando o controle do raciocínio probatório,²⁵ bem como, mesmo que indiretamente, incentivando posições jurisprudenciais que chancelam o arbítrio na admissão e na valoração das provas, como sendo um terreno que pertence ao livre convencimento do juiz. Não se afirma, com isso, que a perspectiva persuasiva ignora a importância da justificação das decisões judiciais, mas que ela traz consigo alguns resultados insatisfatórios, tais como:

i) a persuasão como elemento de suficiência probatória dificulta o controle pela possibilidade da existência desse estado subjetivo no julgador independentemente da presença de elementos probatórios e que não são passíveis de controle. Como apontado, tem-se a permissão de decisões que denegam a produção de provas porque o “juiz já está convencido”;

ii) a própria forma de apresentar a justificação da decisão, em sendo voltada ao convencimento do próprio juiz, parece admitir eventual utilização de regras de experiência espúrias, sem qualquer comprovação

23 TARUFFO, Michele. Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad. *Discusiones: Prueba y conocimiento*, n. 3, 2003, p. 31-33.

24 Com uma visão demasiadamente crítica dessa visão do direito probatório: RIVERA MORALES, Rodrigo. *La prueba: un análisis racional y práctico...* cit., p. 34-36; BAYON, Juan Carlos. *Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano...* cit., p. 6. Michele Taruffo, por exemplo, afirma que essa visão “es compatible con (mas aún, implica) una concepción irracional de la prueba judicial”. (TARUFFO, Michele. *Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad...* cit., p. 32).

25 Com essa preocupação: EKELÖF, Per Olof. Free evaluation of evidence. In: TWINING, William; STEIN, Alex (ed). *Evidence and proof*. Nova Iorque: New York University Press, 1992, p. 154-155.

empírica, baseadas apenas nas experiências pessoais do juiz. Afinal, basta a figura do juiz estar convencido para que determinada hipótese fática seja tida como provada. A decisão de que uma determinada hipótese está provada resta legitimada pelo convencimento do juiz e não propriamente a partir da corroboração das hipóteses fáticas baseada nos elementos probatórios disponíveis.

iii) não se verifica uma preocupação desses autores com o desenvolvimento de conceitos fundamentais para o controle das inferências probatórias realizadas pelos julgadores; o foco está apenas no convencimento do juiz.

Trata-se de uma perspectiva problemática do ponto de vista do controle da decisão fática, sendo preferível um modelo em que o foco do direito probatório seja, nos termos de Moacyr Amaral Santos, o elemento objetivo das provas. Por outro lado, é inegável que o elemento persuasivo faz parte do processo decisório; negá-lo é ignorar a realidade do elemento subjetivo presente em toda e qualquer decisão jurisdicional, no entanto, opta-se por colocá-lo como um elemento secundário e não como o foco da teoria da prova.

1.4. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE O MODELO OBJETIVO OU RACIONAL DO DIREITO PROBATÓRIO

Na concepção objetiva do direito probatório, a proposição “Está provado que *h*” está diretamente relacionada com os elementos probatórios disponíveis no processo sobre as hipóteses fáticas desenvolvidas pelos diversos sujeitos processuais.

O foco, neste caso, dirige-se aos elementos probatórios disponíveis ao processo e não à convicção ou à crença do julgador. A condição de provada de uma hipótese não pode depender do convencimento do julgador, mas da indicação de elementos que corroborem uma determinada hipótese fática.

Uma primeira observação deve ser feita: todo enunciado acerca de fatos provados possui caráter indutivo, ou seja, determinada hipótese é considerada provada *de acordo com os elementos probatórios disponíveis*. A força probatória de uma inferência refere-se à conexão entre a premissa e a conclusão em um *contexto particular*.²⁶ Isso deve ficar claro, pois não se pode confundir a proposição “Está provado que *h*” com a proposição “É verdade

26 PARDO, Michael. The field of evidence and the field of knowledge. *Law and Philosophy*, v. 24, n. 4, jul.-2005, p. 378, 380.

que *h*”. A hipótese fática é considerada provada em termos probabilísticos²⁷, não havendo uma conexão *direta* entre a verdade e a definição de uma hipótese como provada.²⁸

A adoção dessa corrente é compatível com a existência de erros materiais²⁹ nas decisões sobre os fatos. Pode ser que a hipótese fática não tenha efetivamente ocorrido tal como apontam as provas no processo. No entanto, o que importa são os elementos probatórios constantes dos autos, sendo um dos seus objetivos o estudo dos métodos para evitar os erros inferenciais, ou seja, do confronto entre as provas e a conclusão probatória obtida pelo julgador.

É tendo por base a aptidão da prova de trazer elementos de corroboração em relação a uma determinada hipótese fática que se torna possível falar em função *demonstrativa*. O termo demonstrar denota a existência de suporte para que se aceite determinada hipótese como provada, mas, ainda assim, possui caráter refutável a depender da existência de outros elementos probatórios.³⁰ Assim, a demonstração não é da verdade, mas sim da aptidão

27 A probabilidade aqui utilizada é lógica e não estatística. O tema será retomado com maior profundidade no capítulo 2, item 2.6.2.

28 De forma semelhante: TWINING, William. *Rethinking evidence*. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 273; TARUFFO, Michele. Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba. *Discusiones: Prueba y conocimiento*, n. 3, 2003, p. 86. A verdade e a justificativa da condição de provada de uma hipótese fática são variáveis independentes entre si – é possível, inclusive, que se tenha a crença sobre algo que por acaso seja verdadeiro pelas razões erradas (PARDO, Michael. *The field of evidence and the field of knowledge...* cit., p. 335-336).

29 Chama-se erro material quando há uma diferença entre o que foi tido por provado no processo e o que ocorreu no mundo externo (FERRER BELTRÁN, Jordi. Prolegômenos para uma teoria sobre os *standards* probatórios. Tradução de Daniel de Resende Salgado e Luís Felipe Schneider Kircher. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de; KIRCHER, Luís Felipe Schneider (coords). *Altos estudos sobre a prova no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 798).

30 “O termo “demonstrar” e suas variações são usados neste livro, em geral, e um sentido *lato*, significando “provê algum suporte ou substrato para se crer em” algo. Esse conteúdo dilatado permite o uso dos termos “provar” e “demonstrar” no caso de provas refutáveis (...), em oposição ao significado restrito que se assumem os termos “prova” e “demonstração” em matemática e em lógica, no âmbito das quais uma prova ou demonstração são conclusivas e não admitem refutação”. DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções...* cit., p. 17, nota n. 17. De forma semelhante: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: MORAES, Maurício Zanoide de;

de determinada hipótese para ser considerada provada de acordo com os elementos probatórios dos autos.

A situação de provada de uma hipótese fática deve ter por base os elementos probatórios constantes dos autos; esse deve ser o seu referencial de correção e não elementos externos. Caso o material probatório seja alterado, muda-se também o referencial de correção. A título exemplificativo, a afirmativa “O carro de Paulo bateu na traseira do carro de Pedro” pode ser tida como provada na sentença, mas materialmente incorreta. A correção da inferência probatória dependerá das provas produzidas no processo e não de algum critério externo.

Pode, então, ser possível que ocorra a seguinte situação: Paulo, na verdade, não teve responsabilidade no acidente, mas ele não foi capaz de produzir provas suficientes nesse sentido. É o que se chama de erro material. Ocorre que, do ponto de vista das provas no processo, a decisão estava correta: a conclusão de que a hipótese da culpa de Paulo está embasada em elementos probatórios.

A verdade não pode ser esse elemento de correção pela inviabilidade do conhecimento humano de alcançá-la, sendo possível apenas trabalhar com juízos de probabilidade. Dessa forma, passa a ser possível afirmar que uma hipótese provada não é verdadeira,³¹ assim como é possível que uma hipótese considerada não provada seja verdadeira.

O desafio é o de identificar a hipótese fática melhor corroborada de acordo com o acervo probatório. Em resumo, não é exigido do juiz que verifique se as narrativas fáticas são verdadeiras, mas apenas se elas estão corroboradas, ou não, de acordo com os elementos probatórios constantes dos autos.³²

Esse ponto de vista implica adoção de uma vertente racional do direito probatório,³³ exercendo uma limitação no livre convencimento motivado, que só pode ser exercido mediante critérios que assegurem a racionalidade

YARSHELL, Flávio Luiz (orgs). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 306.

31 GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho...* cit., p. 43.

32 HAACK, Susan. *Evidence matters: Science, proof and truth in the law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 305.

33 Sobre o tema da racionalidade, dentre outros, cf.: PARDO, Michael. *Rationality*, *Alabama Law Review*, v. 142, 2012; BRANDOM, Robert B. *Tales of the mighty dead – historical essays in the metaphysics of intentionality*. Cambridge: Harvard University Press, 2002, p. 1-20.

da decisão. Como visto anteriormente, o livre convencimento motivado possui um nítido sentido negativo: a inexistência de uma vinculação legal, mas pouco diz sobre os limites da valoração da prova pelo juiz, dificuldade essa que pode ser diminuída pela adoção do modelo racional do direito probatório. Dessa forma, o que não pode ser racionalmente elaborado deve ser tido como inexistente para efeitos da correta valoração da prova.³⁴ Adota-se uma concepção epistemológica e não unicamente retórica da prova.³⁵

A epistemologia, que consiste na teoria filosófica do conhecimento, trabalha com questões importantes para o direito probatório, como o estudo das fontes do conhecimento, do qual é exemplo o testemunho, a exploração da estrutura das provas e os determinantes para a sua força indutiva, qual a melhor forma de produção das provas, dentre vários outros temas.³⁶ Com a adoção da concepção epistemológica, tem-se a utilização desse ramo do conhecimento para o desenvolvimento dos conceitos relacionados às questões atinentes à prova jurídica.³⁷ Não por acaso, atualmente, já há um ramo especializado no direito, denominado de epistemologia jurídica.³⁸ Por outro lado, uma concepção retórica, como visto, acaba por focar apenas na persuasão da figura do juiz, não fornecendo um arsenal teórico adequado para o tratamento da prova judicial.

Trata-se de uma visão que traz um melhor arcabouço teórico para a análise e crítica das decisões fáticas. Afinal, não se pode reconhecer que existem decisões baseadas em provas frágeis, duvidosas ou parciais sem pressupor que haja uma diferença *real e objetiva* entre as provas frágeis e duvidosas, e as provas mais fortes e robustas³⁹ ou, em outros termos, que haja diferença no grau de confiabilidade das provas. A força probatória da evidência trazida aos autos não advém da forma com a qual é visualizada pelo juiz ou pelas

34 TARUFFO, Michele. Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba... cit., p. 84. De forma semelhante: BAYON, Juan Carlos. Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano... cit., p. 8.

35 TARUFFO, Michele. Considerações sobre prova e motivação. In: *Ensaios sobre o processo civil: escritos sobre processo civil e justiça civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 149; DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções...* cit., p. 35.

36 HAACK, Susan. *Evidence matters: Science, proof and truth in the law...* cit., p. 6.

37 PARDO, Michael. The field of evidence and the field of knowledge... cit., p. 325.

38 HAACK, Susan. *Evidence matters: Science, proof and truth in the law...* cit., p. 6.

39 HAACK, Susan. La justicia, la verdad y la prueba: no tan simple, después de todo. In: FERRER BELTRÁN, Jordi; VÁZQUEZ, Carmen (coords). *Debatiendo con Taruffo*. Madri: Marcial Pons, 2016, p. 319.