

A VALORAÇÃO RACIONAL DAS PROVAS NO PROCESSO JUDICIAL: UMA APROXIMAÇÃO AO TEMA

THE RATIONAL EVALUATION OF EVIDENCE IN JUDICIAL PROCESS: AN APPROXIMATION

Evanilda Nascimento de Godoi Bustamanteⁱ

Resumo: Em que pese o avanço das teorias da argumentação jurídica no campo da interpretação das normas e da decisão dos denominados casos difíceis, a ciência do direito ainda carece de um desenvolvimento suficiente de critérios para aferir a racionalidade da valoração das provas judiciais. Neste trabalho, após estabelecer a premissa de que a função do processo judicial é a de estabelecer a verdade dos fatos, e não meramente alcançar uma persuasão subjetiva do juiz, nos propomos a examinar as interpretações possíveis do princípio da “livre valoração da prova” e, a partir desta análise, desenvolver uma concepção que diferencie claramente este princípio da doutrina francesa da *intime conviction*. A partir daí, buscamos um modelo probabilístico de valoração da prova judicial. Não obstante, rejeita-se um modelo de probabilidade matemático-estatística em favor da alternativa de um modelo de probabilidade lógica ou indutiva que contém uma série de critérios verificação das hipóteses probatórias e que é capaz de se conciliar com os *standards* de prova aplicados no *common law* e recepcionados, mais recentemente, em países da tradição continental como a Itália e a Espanha. Esse modelo, embora não resolva definitivamente o problema da racionalidade da valoração da prova judicial, pode constituir um passo importante na busca da racionalidade para os juízos sobre os fatos na argumentação jurídica.

Prova Judicial; Racionalidade; Argumentação; Modelos; *Standards*

Abstract: In spite of the development of the theories of legal interpretation with regards to the interpretation of laws and the decision of the so-called hard cases, legal science is still in need of developing a sufficient set of criteria to test the rationality of the assessment of judicial evidence. In this paper, after establishing the premise that the function of judicial process is to

establish the truth of the facts under consideration, rather than simply reach a subjective persuasion of the judge, I undertake to examine the possible interpretations of the principle of the “free evaluation of evidence”, and, from the standpoint of that analysis, develop a conception that clearly distinguishes this principle from the French doctrine of the *intime conviction*. Furthermore, we seek a probabilistic model of evaluation of judicial evidence. Yet I reject a model of mathematical and statistical probability and advocate in the paper a model of logical or inductive probability which contains a series of criteria for testing provable hypothesis and which is capable to accommodate the *standards* of evidence applied in *common law* systems and assimilated, more recently, in continental legal systems such as Italy and Spain. This model, although not resolving definitively the problem of the rationality of the assessment of judicial evidence, may help one take an important step towards the rational justification of the judgments about facts in legal argumentation.

Keywords: Judicial evidence; Rationality; Argumentation; Models; Standards

Introdução

Um dos problemas centrais na aplicação do direito é o relativo às provas judiciais, mais especificamente o da correta valoração e justificação da decisão judicial sobre os fatos trazidos ao processo.

Com efeito, apesar de ser a atividade probatória o cerne do processo judicial, os estudos sobre a valoração das provas permaneciam, até muito pouco tempo atrás, deixados à margem das investigações sobre a argumentação jurídica.

Ainda que a filosofia do direito tenha se desenvolvido de maneira significativa no que concerne à interpretação do direito e à fundamentação das decisões jurídicas em geral – com o advento das teorias hermenêuticas contemporâneasⁱⁱ e das teorias procedimentais da argumentação jurídica, de corte analítico-normativoⁱⁱⁱ –, a teoria jurídica contemporânea ainda não conseguiu desenvolver um método suficientemente confiável e racional para a fundamentação e o controle sobre a valoração da prova judicial.

É possível afirmar, contudo, que nas últimas décadas esse assunto tem despertado o interesse dos estudiosos do direito, e já são numerosos os estudos realizados sobre o tema.

Sem embargo, ainda há muitas tarefas pendentes e um amplíssimo campo a ser desenvolvido, principalmente no que se refere aos modelos ou critérios de racionalização da valoração das provas. Uma dessas tarefas se refere à crítica às instituições jurídicas que se assentam e se desenvolvem sobre concepções profundamente irracionais da prova, como, por exemplo, a maneira como se segue entendendo o princípio da livre convicção do juiz, o modo em que se interpreta o princípio da imediação, a forma em que se distingue a prova direta da indireta e as conseqüências institucionais que dela decorrem^{iv}.

Outro tema ainda pouco explorado diz respeito à construção, por parte da ciência e da teoria jurídica, de esquemas ou critérios racionais de valoração das provas judiciais. Esses critérios constituem parâmetros para a valorização da prova, revestindo-se de um sentido normativo na medida em que impõem algumas exigências concretas aos julgadores no momento de analisar os fatos controvertidos e de fundamentar suas conclusões sobre os fatos em um processo judicial.

Neste contexto, uma das grandes tarefas ainda pendentes – conectada diretamente à de desenvolver esquemas racionais de valoração – é a de construir *standards* de provas que possam servir de guia para o julgador no momento de formar a sua convicção, servindo como bases para a argumentação fática.

Assim, o que se busca neste trabalho é uma breve análise conceitual dos sistemas de valoração da prova, desde sua concepção mais subjetivista até os modelos ou critérios de racionalização da valoração das provas judiciais que se encontram em debate na Europa e Estados Unidos da América, sem, contudo, qualquer pretensão de esgotar o tema.

1. Considerações preliminares: sobre as teorias acerca da função do processo e a relação entre prova e verdade

Antes de adentrarmos no problema da valoração da prova, uma questão que deve ser analisada, ainda que brevemente, porque está diretamente relacionada com a teoria das provas, é a da relação entre prova e verdade. Efetivamente, as distintas concepções acerca do problema da determinação da verdade no processo podem incidir na forma de se entender ou conceber a própria noção de prova. As teorias da verdade e os critérios de valoração da prova estão diretamente conectados, pois se a função da prova é a averiguação da verdade ou falsidade dos enunciados dos fatos, então é necessário ter clareza sobre o que se deve entender por verdade.

Com efeito, devem ser rejeitadas as concepções irracionalistas da prova judicial, segundo as quais uma decisão jurídica poderia ser tomada sem a determinação da verdade dos fatos (TARUFFO, 2009a, p. 27), de modo que a função da atividade probatória no processo judicial ficaria reduzida a uma “função retórica”, já que os enunciados sobre a prova são considerados como uma ferramenta de “persuasão” nas mãos dos advogados, que comumente se valem das provas para persuadir o juiz a aceitar a sua versão dos fatos como a mais correta e, deste modo, ganhar o processo sem se preocupar com que a verdade seja realmente averiguada, pois muitas vezes a verdade dos fatos é contrária aos interesses de seu cliente e poderia levar à sua derrota no processo.

Esse tipo de leitura retórica do processo, centrada apenas na persuasão, costuma ser adotado quando se sustenta, por exemplo, que a função precípua do processo é a “pacificação social” ou a mera solução de um conflito.

A determinação da verdade dos enunciados sobre fatos, neste contexto, pode sofrer interferências conforme os interesses das partes^v, que muitas vezes não coincidem com a descoberta da verdade dos fatos.

Parece mais plausível, portanto, entender a prova judicial sob outra perspectiva, segundo a qual o processo judicial deve estar orientado a alcançar o conhecimento da verdade dos fatos, pois somente assim o juiz terá condições de prolatar sentenças justas. Neste ponto, seguimos Taruffo, para quem:

a justiça da decisão não pressupõe somente a sua legalidade, quer dizer, a sua derivação de uma interpretação e aplicação correta das normas, mas também a sua veracidade, isto é, a comprovação da verdade dos fatos relevantes: a razão fundamental de tudo isso é que nenhuma decisão pode ser considerada justa se está fundada em uma comprovação falsa ou errônea dos fatos da lide (TARUFFO, 2009a, p. 28, tradução nossa).

Sob esta perspectiva, a atividade probatória tem relevância fundamental, pois é o instrumento que conduz à reconstrução processual dos fatos empiricamente ocorridos. Ela tem, por conseguinte, uma função epistêmica e atua como uma ferramenta de conhecimento, que proporciona ao juiz “a informação de que necessita para estabelecer se os enunciados sobre os fatos se fundam em bases cognitivas suficientes e adequadas para ser considerados verdadeiros” (TARUFFO, 2009a, p. 33).

2. Os sistemas de valoração das provas judiciais

Pode-se afirmar que o que se pretende com a atividade probatória no processo judicial é averiguar a verdade dos enunciados acerca de determinados fatos. Averiguar a verdade, portanto, “não pode querer dizer encontrar uma verdade absoluta, mas sim uma verdade (como ocorre sempre com a verdade empírica) com um grau de probabilidade suficientemente razoável” (GONZÁLEZ LAGIER, 2006, p. 112). Neste sentido, a valoração da prova deve estar orientada no sentido de que, apesar de nem sempre ser possível se alcançar uma verdade absoluta acerca dos enunciados fáticos, a verdade que se busca com a atividade probatória deve se aproximar ao máximo possível do que efetivamente ocorreu no mundo exterior, fora do processo.

Seguindo os ensinamentos do processualista italiano Michele Taruffo, o processo deve guiar-se pelos princípios da legalidade e da justiça (concepção legal-racional de justiça), de modo que as controvérsias judiciais sejam resolvidas com decisões justas, pois

uma condição necessária para a justiça da decisão é que se averigue a verdade dos fatos, já que nenhuma decisão pode considerar-se justa se aplica normas a fatos que não são verdadeiros ou que tenham sido determinados de forma errônea. Argumentando desta maneira, no âmbito da concepção legal-racional da justiça [...], pode-se concluir que o processo deve estar orientado à consecução de uma decisão verídica, ou seja, correspondente na maior medida possível à realidade dos fatos (TARUFFO, 2005, p. 1292, nossa tradução).

Assim, para orientar um ordenamento jurídico em direção a uma concepção racional da decisão judicial, a partir da devida reconstrução dos fatos da controvérsia, é de fundamental importância uma correta valoração das provas.

De um ponto de vista conceitual, pode-se dizer que a valoração das provas é “a atividade de percepção por parte do juiz dos resultados da atividade probatória que se realiza em um processo” (NIEVA FENOLL, 2010, p. 34). Para Gascón Abellán (2010, p. 140-141), consiste “na verificação dos enunciados fáticos introduzidos no processo através dos meios de prova, assim como no reconhecimento aos mesmos de um determinado valor ou peso na formação da convicção do julgador sobre os fatos que se julgam”. Já Taruffo (2008, p. 132) afirma que a valoração da prova “tem por objetivo estabelecer a conexão final entre os meios

de prova apresentados e a verdade ou falsidade dos enunciados sobre os fatos em litígio”. Contudo, pode-se observar que, apesar das aparentes diferenças conceituais, todas estas definições conduzem ao ponto crucial da valoração das provas: o convencimento do julgador acerca da veracidade dos fatos. De modo muito sintético, pode-se dizer que valorar nada mais é senão atribuir valor ou peso à prova trazida ao processo. A grande questão é como fazer isto. Qual critério utilizar para se escolher um fato e rejeitar outro? Como saber se a testemunha está ou não dizendo a verdade? Qual o grau de certeza ou de probabilidade deve ser dado às provas judiciais? Entretanto, em meio a tantas indagações uma questão há que se ter clara: a finalidade da valoração das provas não pode ser outra senão a de aproximação, na maior medida possível, da verdade dos fatos.

Sem embargo, independentemente do conceito que se adote, é possível falar de dois modelos ou sistemas de valoração da prova judicial: o sistema de ‘prova legal’ ou taxada e o da ‘livre valoração’. Destes sistemas nos ocuparemos a seguir.

2.1. A valoração legal da prova

O sistema de prova legal ou de valoração legal das provas foi largamente utilizado no processo penal inquisitivo do Antigo Regime^{vi}. Neste sistema, somente certas provas de valor legal previamente estabelecido serviam para determinar a verdade dos fatos alegados. Assim, a cada uma das provas legais lhes era atribuído um valor, de modo que o juiz não necessitava realizar nenhuma ponderação ou juízo de valor, bastando apenas somar os valores para chegar a um resultado segundo o qual ditaria a sentença final.

Segundo Tomás y Valiente, a teoria das provas daquela época era dividida basicamente em quatro classes de provas: i. *informação*, que consistia em simples afirmações pronunciadas perante o juiz sem a necessidade do juramento; ii. *indício* ou *presunção*, que se tratava de uma razoável ou verossímil suposição acerca da participação de alguém em um fato delitivo; iii. *prova semiplena (probatio)* ou *incompleta*, que se referia aos casos em que existia contra alguém o depoimento de apenas uma testemunha fidedigna; e iv. *prova plena*, que se caracterizava quando existia uma prova perfeita da autoria do delito ou quando o suspeito confessava.

Com efeito, neste sistema de provas, a confissão do acusado era considerada uma prova plena, perfeita e acabada, ao passo que o reconhecimento de sua inocência era considerado um resultado negativo do procedimento judiciário. Desta forma,

todos estes graus de aproximação da verdade eram habilmente manejados pelos juízes, de maneira que as primeiras informações, geralmente secretas, sempre produziam indícios contra alguma pessoa, com os quais se podia provocar a confissão do indiciado ou acaso obter vários testemunhos coincidentes contra ele (TOMÁS Y VALIENTE, 1979, p. 172).

Sem embargo, quando se fala em provas legais é comum pensar-se nas “ordálias”, também conhecidas como “juízo de Deus”^{vii}. Contudo, na realidade, não se pode afirmar que as ordálias eram um meio de prova, nem tampouco que eram um sistema de valoração das provas, pois eram simplesmente um sistema de resolução de conflitos no qual predominava a irracionalidade, variável conforme a intensidade da fé dos povos, uma vez que se acreditava que a parte que estivesse com a razão seria protegida por Deus. Nas palavras de Nieva Fenoll (2010, p. 41), nesta sistemática de provas não se encontra “atividade alguma de percepção por parte do juiz acerca dos resultados da atividade probatória, porque não aparece atividade probatória na realidade”. Com efeito, “ou bem decide a destreza ou a força física nos duelos”. Não obstante, os sistemas de provas legais e das ordálias tinham ao menos um ponto em comum: ambos prescindiam da investigação – do inquérito – própria da atividade probatória e da livre valoração das provas pelo juiz.

Na realidade, as regras de prova legal vêm impedir uma possível valoração racional das provas pelo juiz, pois o direito já impõe um determinado resultado probatório. Assiste razão a Taruffo, portanto, quando este afirma que o sistema de provas legais não oferece “uma comprovação racional da verdade dos fatos, pois as normas de prova legal estão orientadas a pré-constituir uma classe de certeza puramente formal que nada tem a ver com a verdade” (TARUFFO, 2009a, p. 20-21). Neste mesmo sentido, Didier afirma que, por ser um sistema de “tarifamento das provas” do qual o julgador não pode se esquivar, culmina por fazer do juiz um “mero aplicador da norma, preso ao formalismo e ao valor tarifado das provas” (DIDIER, 2011, p. 40).

Na atualidade, ainda que este não seja mais o modelo predominante nos sistemas probatórios, ainda perdura no processo civil de muitos ordenamentos jurídicos, como é o caso de Espanha, Itália e Brasil. A modo de exemplo, podem ser citados os casos da confissão em juízo (Espanha) e da prova documental – documentos públicos. Neste caso, costuma-se falar

em modelos mistos ou “sistema temperado”^{viii}, uma vez que se adota tanto o princípio da livre valoração quanto a regra de provas legais.

O sistema de provas taxadas predominou até finais do século XVIII, quando foi substituído pelo princípio da livre convicção do juiz.

2.2. A livre valoração da prova

O princípio da livre valoração da prova, também chamado de “livre convicção” ou, ainda, de “sistema de livre apreciação das provas”, surgiu em decorrência do processo de secularização idealizado pelos filósofos iluministas no século XVIII. Em síntese, os iluministas tinham como um de seus principais objetivos criar e difundir um direito fundamentado no racionalismo e na secularização, com o abandono definitivo da tradicional relação entre as idéias de “delito versus pecado” e “pena versus penitência”.

A livre valoração da prova consiste na liberdade dada ao juiz para valorar as provas aportadas ao processo de acordo com sua própria razão, desvinculando-se de qualquer valoração predeterminada ou preconstituída pelo legislador. Em outras palavras, trata-se de uma valoração discricionária que pressupõe a ausência de regras e que, por conseguinte, exige que a “eficácia de cada prova para a determinação do fato seja estabelecida caso a caso, seguindo critérios não pré-determinados, discricionários e flexíveis, fundados essencialmente em pressupostos da razão” (TARUFFO, 2009b, p. 387).

Contudo, há que ressaltar que esta “ausência de regras” não significa uma liberdade plena, uma vez que a atividade probatória está largamente regulamentada, de modo que os juízes, assim como os Tribunais, estão submetidos a regras jurídicas relativas à atividade probatória. Para FERRER BELTRÁN (2007, p. 45), a livre valoração da prova “é livre somente no sentido de que não está sujeita a normas jurídicas que predeterminem o resultado desta valoração”, ou seja, se concede ao juiz uma liberdade apenas jurídica para valorar os elementos de juízo disponíveis no processo. Pode-se dizer, então, que os juízes e tribunais têm uma liberdade limitada, tanto pelas regras jurídicas, quanto pela racionalidade, na medida em que devem seguir um procedimento racional de verificação dos fatos.

Sem embargo, a discricionariedade na valoração das provas não autoriza o juiz a desrespeitar critérios que visem a garantir um controle racional do juízo dos fatos, como a motivação das decisões judiciais, mas sim permite que o juiz seja livre para decidir quando um enunciado dos fatos tenha sido suficientemente provado sem sujeição às regras das provas

legalmente taxadas. Ademais, “valorar livremente requer o uso das máximas de experiência para deduzir as consequências que sejam precisas dos indícios que apareçam no processo, o que é importante não só nas presunções, como também na prova pericial” (NIEVA FENOLL, 2010, p. 84).

Não obstante, uma interpretação imprecisa do sistema da livre valoração pode levar a entender-se erroneamente a atividade de valoração como sendo dotada de uma liberdade absoluta, resultado da convicção íntima do julgador, que leva à arbitrariedade e à irracionalidade das decisões judiciais.

2.2.1. Crítica à doutrina da *intime conviction*

A convicção íntima ou *intime conviction*, de origem francesa (*Code d’Instruction Criminelle* de 1808), é a forma mais subjetivista de interpretação do princípio da livre convicção do juiz, que entende a valoração das provas como livre de toda regra, inclusive das regras de racionalidade. Esta linha de entendimento traz como consequência uma concepção radicalmente irracionalista, “fruto de uma persuasão interior, inescrutável e irredutivelmente subjetiva” (TARUFFO, 2009a, p. 22) da decisão sobre os fatos. Para Nieva Fenoll (2010, p. 74) “é a liberdade total de quem julga na hora de apreciar a prova, sem motivação, mas dentro da sinceridade de sua consciência”.

Segundo González Lagier (2006, p. 111), esta forma de entender a livre valoração da prova traz consigo duas consequências. A primeira é que “a valoração da prova corresponde exclusivamente aos juízes e tribunais de primeira instância, porque ante eles se desenvolve a atividade probatória”; e a segunda é que, por conseguinte, “estes não estão obrigados a manifestar as razões que lhes levam a formar sua íntima convicção, porque esta, ao constituir somente um estado de consciência, escapa ao controle de cassação (Sentença do Tribunal Superior Espanhol de 2 de fevereiro de 1976, *apud* GONZALEZ LAGIER, 2006, p. 111)”.

A doutrina da *intime conviction*, portanto, está umbilicalmente ligada ao princípio da imediação, segundo o qual há uma intervenção *pessoal e direta do juiz* na produção da prova processual, e é este contato que será decisivo para determinar os fatos tidos como provados^{ix}. O grande problema do princípio da imediação e da doutrina da *intime conviction* é que eles parecem basear a valoração da prova em impressões e percepções subjetivas que *não podem ser comunicadas* e intersubjetivamente compartilhadas, de sorte que dificilmente podem

cumprir com o dever de “fundamentação” das decisões judiciais imposto pela grande maioria das Constituições contemporâneas^x.

Por estas razões é que em um processo judicial devem sempre ser observados e garantidos o princípio do contraditório e o duplo grau de jurisdição, com vistas a atuarem como formas de controle da valoração judicial da prova (DIDDER, 2011, p. 41).

No entanto, conforme muito bem salientado por Gascón Abellán,

em um modelo cognocitivista onde o que se pretende valorar é a correspondência dos enunciados com os fatos, a valoração não pode entender-se como uma convicção íntima, livre, incomunicável, intransferível, e por isto, irracional, incontrolável e arbitrária, pois é óbvio que a íntima convicção não pode justificar por si mesma a verdade dos enunciados” (GASCÓN ABELLÁN, 2010, p. 143). Portanto, “o juiz há de ser livre para valorar discricionariamente a prova, mas não pode ser livre para deixar de observar uma metodologia racional na fixação dos fatos controvertidos (GASCÓN ABELLÁN, 2010, p. 144).

Assim, pode-se afirmar que a livre valoração das provas somente se legitima se estiver guiada por regras ou critérios racionais para a verificação da verdade dos fatos. Assim, com vistas a suprir esta deficiência é que os juristas têm tentado estabelecer esquemas ou modelos racionais para determinar um grau de “probabilidade suficientemente razoável” para que sirva de critério para se justificar a fixação da verdade sobre os fatos em litígio.

No Brasil, como é sabido, predomina o princípio da persuasão racional ou livre convencimento motivado do juiz, que se encontra previsto no artigo 131 do CPC^{xi} e, também, no artigo 93, IX, da Constituição Federal. Contudo, a íntima convicção ainda é o sistema predominante nos julgamentos que vão a júri popular, nos quais a consciência do julgador (jurado) “não está vinculada a qualquer regra legal, quer no tocante à espécie de prova, quer no tocante à sua avaliação” (DIDDER, 2011, p. 40). Não obstante, o mesmo não ocorre com o sistema do livre convencimento motivado, o qual fica “limitado pela racionalidade, não sendo admitida a apreciação das provas de acordo com critérios irracionais, por mais respeitáveis que sejam” (DIDDER, 2011, p. 41). O princípio da livre apreciação não pode, portanto, ser interpretado exclusivamente no sentido da tradicional doutrina da *intime conviction*.

3. Os modelos de valoração racional das provas

Como já mencionado, os resultados da atividade probatória não são capazes de garantir a certeza absoluta sobre a verdade de um enunciado provado, mas somente certo grau de certeza ou de probabilidade. Assim,

valorar livre e racionalmente consiste, mais precisamente, em avaliar se o grau de probabilidade ou de certeza alcançado pela hipótese que o descreve a luz das provas e informações disponíveis é suficiente para aceitá-la como verdadeira. Por isto, a principal tarefa que uma valoração racional enfrenta é a de medir a probabilidade (GASCÓN ABELLÁN, 2005, p. 129. Nossa tradução).

De acordo com Ferrer Beltrán, a livre valoração das provas permite “outorgar a cada uma das hipóteses em conflito um determinado grau de confirmação que nunca será igual à certeza absoluta”. Desta forma, dado que a finalidade da atividade probatória no processo é a investigação acerca da verdade dos fatos, terá o juiz então “que decidir se a hipótese pode ou não ser declarada provada com o grau de confirmação que se disponha” (FERRER BELTRÁN, 2007, p. 47). Dentro deste contexto, pode-se entender por hipótese o “enunciado que aceitamos como verdadeiro, ainda que não saibamos se é ou não, cujo grau de probabilidade ministrará um bom critério para sua justificação” (GASCÓN ABELLÁN, 2005, p. 128).

Com efeito, tentar estabelecer modelos de valoração da prova é, na realidade, buscar técnicas ou esquemas que funcionem como diretivas para o julgador e que sejam mais adequados para se alcançar a finalidade da atividade probatória, de forma que essa metodologia ou esquema de raciocínio permita posteriormente “exercer o controle sobre as decisões adotadas em matéria de prova pelos tribunais” (FERRER BELTRÁN, 2007, p. 97).

Neste contexto, cabe ressaltar os modelos de valoração que oferecem esquemas racionais para se medir a probabilidade, ou seja, para se determinar o grau de probabilidade aceitável no raciocínio probatório. São basicamente dois: os baseados na aplicação de métodos matemático-estatísticos à atividade de valoração e os baseados em esquemas de confirmação. Destes modelos nos ocuparemos nas páginas seguintes, sem, entretanto, ter a pretensão de esgotar o tema. Contudo, cabe aqui sublinhar brevemente que estes modelos têm

sido mais bem desenvolvidos no âmbito da cultura do *commom law*, onde se propiciou o surgimento de uma nova corrente de pensamento denominada *New Evidence Scholarship*^{xii}.

3.1. A probabilidade matemática-estatística como modelo de valoração racional

Segundo o modelo de valoração baseado nas noções de probabilidade matemática ou estatística, a probabilidade se predica de acontecimentos sucessivos e se interpreta “em termos de frequência relativa da classe de eventos a que pertencem” (GASCÓN ABELLÁN, 2005, p. 132); em outras palavras, este modelo tenta projetar os “instrumentos matemáticos do cálculo de probabilidades ao processo de valoração judicial dos fatos” (GASCÓN ABELLÁN, 2010, p. 145).

Pode-se dizer, segundo o ensinamento de Ferrer Beltrán (2007, p. 94), que “a probabilidade aplicada a eventos mede a frequência com que um evento se produz em uma sucessão dada de acontecimentos, tendencialmente infinita”. Trata-se, portanto, de uma noção objetiva de probabilidade, na medida em que “mede o número de possibilidades de que uma sucessão de fatos ocorra comparado com o número de possibilidades de que não ocorra” (FERRER BELTRÁN, 2007, p. 94). Para fins de ilustração, tomemos o exemplo utilizado pelo autor: se se diz que a probabilidade de que saia “cara” ao lançar uma moeda equilibrada ao ar é de cinquenta por cento, pode-se dizer que se o número de lances se repete indefinidamente, a proporção entre o número de caras e o número de coroas será, tendencialmente, também de cinquenta por cento.

Assim, na intenção de se buscar métodos ou critérios racionais de valoração da prova, e ante a necessidade de se utilizar tais critérios para anular a influência emotiva dos juízes e jurados, vem sendo sugerida a adoção do cálculo matemático-estatístico aplicado aos enunciados probatórios. Sem embargo, a tentativa tem se realizado, segundo GASCÓN ABELLÁN, com a aplicação do Teorema de Bayes às inferências jurídicas baseadas em probabilidades subjetivas ou *a priori*. Continua a ilustre autora sustentando que, em sua formulação mais simples, o Teorema de Bayes “afirma que a probabilidade de um evento H dado um evento E, pode determinar-se em função da frequência estatística com a qual dado H se verifica E e da probabilidade atribuída precedentemente ao evento H” (GASCÓN ABELLÁN, 2010, p. 147-148). Deste modo, “a fórmula Bayesiana permite medir o impacto que, sobre a probabilidade subjetiva prévia do fato que se pretende provar, provoca a introdução de ulteriores elementos de prova” (GASCÓN ABELLÁN, 2010, p. 147-148).

É o que ocorre, por exemplo, com os exames de DNA no caso de investigação de paternidade. Nestes casos, para uma confirmação da paternidade, faz-se necessário “ter uma estimativa quantitativa da evidência em favor da paternidade” (PENA, 1994, p. 250) no caso em concreto. Esta estimativa quantitativa da evidência é o chamado Índice de Paternidade. Neste contexto,

o Índice de Paternidade pode ser convertido em Probabilidade de Paternidade, usando uma metodologia estatística chamada de Teorema de Bayes. Entretanto, para que isto possa ser feito, é necessário ter uma probabilidade *a priori* de que o possível pai seja o pai biológico (PENA, 1994, p. 250).

Não obstante, a adoção da fórmula Bayesiana como modelo normativo de valoração da prova tem sofrido numerosas críticas. De forma muito resumida, pode-se dizer que as razões nas quais se baseiam tais críticas são, entre outras: i. a dificuldade dos julgadores em quantificar sua valoração subjetiva prévia (probabilidade subjetiva); ii. sua dificuldade em trabalhar com instrumentos estatísticos que são incompreensíveis para os juízes na medida em que é exigido um saber extrajurídico e, acima de tudo, iii. o teorema

supõe um cálculo matemático relativamente simples no caso-base de ter que valorar uma única prova que versa diretamente sobre a hipótese a ser provada, mas a complicação do cálculo aumenta de maneira impressionante quando o método é utilizado para resolver situações mais complexas, como a pluralidade de elementos de prova relativos a uma hipótese, a *cascaded inference*, ou a prova de uma hipótese referente a um fato complexo (GASCÓN ABELLÁN, 2010, p. 149).

Portanto, mediante tantos empecilhos, resulta evidente a dificuldade em se adotar a probabilidade matemática, em especial a fórmula Bayesiana, como método ou critério para racionalizar a valoração das provas. Para a maioria dos teóricos da prova, segundo Ferrer Beltrán, é muito claro que

a probabilidade frequentista ou estatística não é adequada para dar conta do raciocínio probatório no direito porque não diz nada acerca do que importa de forma geral ao processo: os fatos individuais”. A probabilidade estatística,

prossegue o autor, “nos informa unicamente de frequências relativas em que se dá um tipo de evento em uma sucessão dada. Mas, em geral, no processo não importa determinar a frequência com que os homens solteiros maiores de 60 anos, com título universitário e aposentados, matam suas irmãs, mas sim se João matou sua irmã (ainda que seja solteiro, maior de 60 anos, com título universitário e aposentado, é independente daquela frequência) (FERRER BELTRÁN, 2007, p. 98).

Como bem salientado por Taruffo, as frequências estatísticas classificadas como “pouco elevadas”, ou seja, relativas a dados gerais e não específicos a casos concretos,

podem ser suficientes para estabelecer conexões simples entre eventos, ou para estabelecer uma relação de ‘causalidade geral’ entre eventos, em função da qual, por exemplo, pode-se determinar que a exposição a um material danoso é capaz de provocar um aumento na frequência de uma determinada enfermidade dentro de uma população de referência. Se o contexto em que nos encontramos é o de quem deve planificar o funcionamento de uma indústria ou de um hospital, ou de quem deve realizar tarefas de prevenção relativas a esta enfermidade, então estatísticas caracterizadas por frequências baixas sobre a conexão entre eventos podem ser suficientes para justificar algum tipo de decisão. Pode, sem embargo, acontecer de este nível de informação científica não ser suficiente para justificar as conclusões que devem ser formuladas em um processo relativo a circunstâncias particulares e específicas (TARUFFO, 2005, p. 1294).

Sem embargo, é importante tecer algumas considerações sobre a teoria da causalidade. Ainda seguindo ao ilustre processualista italiano, há que se distinguir entre a “causalidade geral” e a “causalidade específica”. Na primeira, o nexos de causalidade permite afirmar que um certo tipo de fato pode determinar a ocorrência de outro tipo de fato no âmbito de uma determinada amostra, o que define o “nível de risco” de um fato em conexão com outro. Esta forma de causalidade se expressa normalmente em termos de probabilidade. Assim, no exemplo utilizado pelo referido autor, em uma determinada população é mais provável que quem fume contraia câncer de pulmão (TARUFFO, 200b, p. 256-258).

Por outro lado, a causalidade específica, como o próprio nome já indica, se refere a uma situação individual, que estabelece que em uma situação específica e concreta um fato particular tenha sido causado pela ocorrência de outro fato determinado. Apenas na relação de

causalidade específica é que se pode afirmar que um fato é causa suficiente de outro. No caso de uma ação processual onde o autor pleiteia uma indenização por contaminação devido ao fato de ter manuseado agrotóxicos, por exemplo, não se pode deduzir que a parte autora tenha sido contaminada por agrotóxicos pelo fato de haver uma probabilidade de que pessoas expostas a agrotóxicos sejam intoxicadas por estes (causalidade geral). Este caso vai exigir uma atividade probatória específica para se determinar o nexo de causalidade entre o dano sofrido, a alegada contaminação, e a possível causa, a exposição aos agrotóxicos.

Em outro exemplo largamente utilizado pela doutrina, resulta demonstrada a inadequação do modelo de probabilidade matemática-estadística. Trata-se do caso *Smith v. Rapit Transit Inc.*^{xiii} decidido pela Corte Suprema do Estado de Massachusetts, EUA, no qual a Sra. *Smith* ao circular com seu carro por uma estrada durante a noite foi atingida por um ônibus que se evadiu do local do acidente. A Sra. *Smith* somente conseguiu ver que era um ônibus azul. No curso do processo, pode-se comprovar que 80% dos ônibus que operavam na região do acidente pertenciam a uma única empresa de ônibus (para efeitos do presente trabalho, empresa de ônibus ‘A’) e os 20% restantes pertenciam à outra empresa que operava no mesmo perímetro (empresa de ônibus ‘B’). Dados estes fatos, a probabilidade estatística de que o ônibus azul pertencesse à empresa de ônibus ‘A’ era de 80%, o que, a falta de outro tipo de prova disponível no processo pressuporia, seguindo o modelo de raciocínio probatório de probabilidade estatística, que o ônibus que provocou o acidente e causou os danos no carro da Sra. *Smith* era de propriedade da empresa ‘A’.

Como muito bem observado por Tribe, aos modelos matemáticos de valoração da prova não se deve atribuir um peso significativo na argumentação jurídica, pois ditos modelos “costumam ser mais enganosos que úteis” (TRIBE, 1971, p. 1393), podendo representar um perigo para as garantias processuais fundamentais dos indivíduos e para o direito ao devido processo legal.

Assim, tudo isto nos leva a concluir que a probabilidade matemática-estadística *per si* não é suficiente e nem adequada para se atribuir a uma ‘hipótese’ a qualidade de ‘provada’.

3.2. A probabilidade lógica ou indutiva como modelo de valoração racional

Por outro lado, juntamente com a proposta de um modelo de valoração racional da prova baseado na teoria da probabilidade matemática-estadística, surgiu a proposta de um modelo fundamentado na concepção da probabilidade lógica ou indutiva, defendido

principalmente por COHEN^{xiv}. O autor, diante dos possíveis erros que podem implicar a adoção de esquemas de raciocínio probatório baseados em cálculos matemáticos ou estatísticos, tratou de buscar esquemas de raciocínio experimental através da “probabilidade indutiva”. A probabilidade, no entendimento do autor, deve ser aplicada no sentido de se buscar um resultado que seja demonstrável. Deste modo, somente é provável aquilo que é demonstrável, ou seja, “não se considera provável o que em um juízo intuitivo ou estatístico nos pareça verossímil, mas sim apenas aquele que possa demonstrar-se através de fatos tangíveis” (NIEVA FENOLL, 2010, p. 102).

De acordo com esta proposta de modelo, a probabilidade de um certo enunciado de fatos ser verdadeiro se verifica em razão do grau de confirmação que os elementos de prova lhe atribuem. Em outras palavras, “a probabilidade que um elemento de juízo aporta a uma hipótese é uma relação lógica entre duas proposições, ou seja, o grau em que uma proposição implica à outra” (FERRER BELTRÁN, 2007, p. 95). Trata-se de esquemas de confirmação nos quais a probabilidade de uma hipótese depende do apoio que lhe é proporcionado pelas provas. Outrossim, pode-se dizer que é um modelo de “racionalização do processo baseado no procedimento de eliminação de hipóteses” (GASCÓN ABELLÁN, 2010, p. 145).

Ademais, a probabilidade lógica ou indutiva se mede em termos de apoio indutivo de uma generalidade (como as máximas de experiências, por exemplo) ou grau de confirmação que as provas disponíveis no processo proporcionam à hipótese (esquemas de confirmação) e não em termos de frequência relativa, como é o caso do modelo matemático-estatístico. Assim, pode-se aceitar como verdadeira uma hipótese se esta for confirmada em grau suficiente pelas provas disponíveis e se não for refutada por estas mesmas provas.

Assim, explica-nos Gascón Abellán (2005, p. 134):

tendo em vista que a *probabilidade lógica ou indutiva* de uma hipótese é equivalente ao seu *grau de confirmação* pelas provas disponíveis, cabe dizer que uma hipótese poderá ser aceita como verdadeira *se não tiver sido refutada* pelas provas e tenha sido *confirmada por estas em grau suficiente*. Portanto, um *standard* de prova se formulará mediante regras ou critérios de aceitabilidade das hipóteses, que descansarão em última instância no grau de confirmação das mesmas (tradução nossa).

Com efeito, o esquema valorativo do grau de confirmação exige a observação de dois requisitos básicos: o da confirmação e o da não-refutação. O primeiro requisito afirma que “uma hipótese h vem confirmada por uma prova p se existe um nexos causal ou lógico entre ambas que faça com que a existência desta última constitua uma razão para aceitar a primeira” (GASCÓN ABELLÁN, 2005, p. 159), ou seja, pode-se aceitar a hipótese como verdadeira sem, contudo, garantir uma certeza absoluta, mas sim um certo grau razoável de certeza. Desta forma, o grau de confirmação de uma hipótese aumenta ou diminui de acordo com algumas variações, como: (i.) o fundamento cognoscitivo e o grau de probabilidade expresso pelas generalidades usadas; (ii.) a qualidade epistemológica das provas que a confirmam; (iii.) o número de passos inferenciais que compõem a cadeia de confirmação e (iv.) a quantidade e variedade de provas ou confirmações (GASCÓN ABELLÁN, 2010, p. 160). O requisito da não-refutação, como o próprio nome já revela, determina que para que uma hipótese seja aceita como verdadeira é necessário que não seja refutada pelas provas disponíveis no processo judicial.

Por outro lado, para se justificar a decisão probatória, pode-se recorrer aos chamados “argumentos de confirmação”, que são argumentos utilizados para “creditar o grau ou solidez da confirmação (a probabilidade indutiva de uma hipótese)” (GASCÓN ABELLÁN, 2005, p. 138) e se sustentar por que se está ou não confirmada como verdadeira uma determinada hipótese. Sem embargo, como explica Gascón Abellán (2005, p. 138), tais argumentos

derivam da própria estrutura da confirmação, entendida como o apoio que uma prova ou uma informação presta a uma hipótese com a qual está conectada através de uma regra causal. Assim, em princípio, e sem nenhuma intenção de exaustividade, poder-se-ia dizer que o grau de confirmação de uma hipótese (ou a solidez da confirmação), aumenta ou diminui em função dos seguintes elementos: o *fundamento cognoscitivo das leis causais* que conectam as provas às hipóteses [...]; a *solidez epistemológica (ou o grau de certeza) das provas* que a confirmam [...]; o *número de passos inferenciais* que separam as provas das hipóteses [...]; a *quantidade de provas ou confirmações* [...]; e a *variedade de provas ou confirmações*, pois a variedade de provas proporciona uma imagem mais completa dos fatos [...] (tradução nossa).

Sem embargo, talvez pelas dificuldades que se apresentam em um modelo baseado nas teorias da probabilidade matemática, parece ser o raciocínio indutivo o modelo de

racionalização da valoração das provas o que teve maior aceitação e tem prevalecido nos países de cultura de *civil law*. Da mesma forma, o esquema valorativo do grau de confirmação, afirma Gascón Abellán (2005, p. 134),

é o que melhor se adequa à estrutura dos problemas probatórios com que se encontra o juiz: a existência de uma ou várias hipóteses sobre os fatos da causa e a necessidade de estabelecer, sobre a base das provas disponíveis, qual delas resulta mais aceitável ou atendível (tradução nossa).

Em suma, o mérito da obra de Cohen, como bem observado por Gascón Abellán, parece ter sido explicitar “a importância que tem, em qualquer forma de raciocínio indutivo, mas em particular no judicial, que as provas apresentadas para constituir a probabilidade de uma hipótese proporcionem uma imagem suficientemente completa dos fatos em questão” (GASCÓN ABELLÁN, 2010, p. 157), além de ter conseguido racionalizar o esquema de raciocínio probatório, retirando-o das meras hipóteses intuitivas. E, ademais, a nosso entender, parece ser o mais adequado para auxiliar ou guiar o julgador na árdua tarefa de eleger um fato ou prova em detrimento de outro.

3.3. Os standards de prova

Em consonância com os modelos de racionalização da valoração da prova, podemos encontrar ainda certos *standards* de prova, que pretendem constituir diretivas para auxiliar o jurista prático na apreciação da prova. De uma forma bastante concisa, pode-se dizer que os *standards* de provas são critérios que indicam basicamente duas coisas: quando se conseguiu alcançar a prova de um fato e quando se está justificado aceitar como verdadeira a hipótese que o descreve. Em suma, estabelecem graus ou critérios objetivos de aceitabilidade das hipóteses em função dos quais se considera lícito afirmar que um fato tenha sido provado. Trata-se, pois, de guias para a valoração racional.

Neste contexto, pode-se afirmar que desempenham duas funções: enquanto guias de uma valoração racional, cumprem uma função heurística, pois “o *standard* de prova é o critério conforme o qual o juiz deverá formular sua valoração final sobre os fatos da causa” e, enquanto critérios para a motivação, uma função justificadora, já que “o *standard* de prova é o critério conforme o qual há que se reconstruir a justificação da decisão probatória” (GASCÓN

ABELLÁN, 2005, p. 129). No entanto, há que se ressaltar a necessidade de se formular critérios/*standards* distintos no processo penal e no civil. Assim que, segundo Ferrer Beltrán, é comum sustentar, em especial na cultura do *common law*, que

no âmbito civil opera o *standard* da prova prevalente, de modo que uma hipótese restará provada se seu grau de confirmação for superior ao da hipótese contrária. Em contrapartida, no âmbito penal, operaria o *standard* que exige que a hipótese esteja confirmada além de qualquer dúvida razoável [...] A eleição de um ou outro *standard* é propriamente jurídica e se realiza em atenção aos valores em jogo em cada tipo de processo. Assim, pode justificar-se a maior exigência probatória nos casos penais, por exemplo, em uma especial proteção do direito à liberdade (FERRER BELTRÁN, 2007, p. 47, tradução nossa).

Sem embargo, o *standard* da probabilidade prevalente (ou preponderância da prova) também serve de parâmetro para se definir o “grau de probabilidade mínimo” para a justificativa de racionalidade da decisão probatória. Concretamente, significa que:

uma hipótese sobre um fato resultará aceitável ou provada quando seja mais provável que qualquer das hipóteses alternativas sobre o mesmo fato manejadas ou consideradas no processo e sempre que dita hipótese resulte ‘mais provável que não’, ou seja, mais provável que sua correlativa hipótese negativa. Em consequência, no caso de só existir uma hipótese sobre o fato em questão, o critério da probabilidade prevalente se resume à regra geral ‘mais provável que não’ (GASCÓN ABELLÁN, 2005, p. 130, tradução nossa).

Segundo Taruffo, o critério da probabilidade prevalente (mais provável que não) se configura como uma forma de dar conteúdo ao livre convencimento do juiz, na medida em que é o instrumento que vai “guiando e racionalizando a discricionariedade do juiz na valoração das provas, eliminando toda implicação irracional desta valoração e vinculando o juiz com a carga de critérios intersubjetivamente controláveis” (TARUFFO, 2005, p. 1297-1298).

Por outro lado, no âmbito penal, o *standard* da prova que vai “além de qualquer dúvida razoável”, de origem anglo-saxã – *proof beyond any reasonable doubt* -, estabelece que o julgador deverá condenar o acusado somente no caso em que concorra um grau de

certeza suficiente de modo a formar a convicção (não íntima) de que o acusado cometeu o delito, ou seja, faz-se necessário ter uma prova plena da culpabilidade do acusado (LAUDAN, 2005, p. 4).

Mas aqui cabe indagar o que se deve entender por ‘dúvida razoável’. Qual seria seu significado? De acordo com IGUARTUA SALAVERRÍA, poderia ser “a dúvida que induziria uma pessoa prudente a duvidar de se faz algo ou não” (IGUARTUA SALAVERRÍA, 2005, p. 05). Sem embargo, a nosso juízo, o *standard* de prova mais além de toda dúvida razoável parece tratar-se de uma releitura ou redesenho do princípio do *in dubio pro reo* em garantia da presunção de inocência, consagrada na maioria dos ordenamentos jurídicos modernos.

Conclusão

A modo de conclusão pode-se afirmar que, não obstante todos os intentos de se estabelecer métodos e critérios para uma correta valoração da prova, o tema continua sendo de grande complexidade e merecedor de uma investigação mais aprofundada que a que ora se apresenta neste trabalho.

Observa-se, em concreto, que houve uma considerável evolução na forma de se conceber o resultado da atividade probatória e na condução da própria atividade probatória *per se* com o abandono, ainda que não em sua totalidade, do sistema de provas legais e a adoção do sistema de valoração livre, mas (nunca é demais ressaltar) racional, das provas judiciais.

A nosso juízo, parece-nos adequada a adoção dos *standards* de provas em consonância com o modelo de probabilidade indutiva, segundo o qual pode aceitar-se por provada uma hipótese quando as provas disponíveis no processo oferecerem um grau de probabilidade suficientemente razoável para acolhê-la com verdadeira^{xv}.

Por fim, cabe ressaltar que a motivação ou justificação dos enunciados fáticos provados na decisão é imprescindível para a finalização do processo de valoração racional das provas e, ao mesmo tempo, oferece meios para um posterior controle judicial.

Referências Bibliográficas:

AARNIO, A. **Lo Racional como lo Razonable – Un Tratado sobre la Justificación Jurídica**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALEXY, R. **Teoría de la argumentación jurídica**. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ATIENZA, M. **As Razões do Direito – Teorias da Argumentação Jurídica**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.

DIDDIER, F. **Curso de direito processual civil**, v. 2, 6. ed. Salvador: Juspodium, 2011.

DWORKIN, R. **Law's Empire**, 11. reimp. Cambridge, MA: Belknap, 2000.

FERRER BELTRÁN, J. **La valoración racional de la prueba**. Madri: Marcial Pons, 2007.

GASCÓN ABELLÁN, M. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. **Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, v. 28, p. 127-139, 2005.

GASCÓN ABELLÁN, M. **Los hechos en el derecho**. 3. ed. Madri: Marcial Pons, 2010, Marcial Pons, Madrid, 2010.

GASCÓN ABELLÁN, M. La prueba judicial: valoración racional y motivación (manuscrito inédito), 2011.

GONZÁLEZ LAGIER, D. Argumentación y prueba judicial. In: FERRER BELTRÁN *et alli*. **Estudios sobre la prueba**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 89-134.

IGUARTUA SALAVERRÍA, J. Prolongaciones a partir de Laudan. **Doxa – Cuadernos de Filosofía del derecho**, v. 28, p. 141-150, 2005.

LAUDAN, L. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. Trad. Raúl Calco Soler. **Doxa – Cuadernos de Filosofía del derecho**, v. 28, p. 95-113, 2005.

MACCORMICK, N. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Clarendon, 1978.

NIEVA FENOLL, J. **La valoración de la prueba**. Madri: Marcial Pons, 2010.

PENA, S.D.J., Determinação de paternidade pelo estudo direto do DNA: Estado da arte no Brasil. In: TEIXEIRA, S. F. **Direitos de família e do menor – Tendências e Inovações**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SILTALA, R. **Law, Truth and Reason: A Treatise on Legal Argumentation**. Dordrecht, Springer, 2011.

TARUFFO, M. **Consideraciones sobre prueba y motivación**. Madri: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009a.

TARUFFO, M. **La prueba de los hechos**. Madri: Trota, 2009b.

TARUFFO, M. **La prueba**. Madri: Marcial Pons, 2008.

TARUFFO, M. Conocimiento científico y estándares de prueba judicial. Trad. M Carbonell e P. Salazar. **Boletim Mexicano de Derecho Comparado**, nueva serie, año XXXVIII, v. 114, p. 1285-1312, 2005.

TOMÁS Y VALIENTE, F. **El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta (Siglos XVI-XVII-XVIII)**. Madri: Tecnos, 1969.

TRIBE, L. H. Trial by mathematics: precision and ritual in the legal process. **Harvard Law Review**, v. 84, p. 1.329-1.393, 1971.

ⁱ Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Universidad de Castilla-La Mancha (Espanha). Especialista em Direito Social pelo Centro Universitário Newton Paiva. Bolsista CAPES.

ⁱⁱ Entre as quais se destaca, por todos, o modelo de “direito como integridade”, defendido por Ronald Dworkin (2000).

ⁱⁱⁱ Entre as quais destacam-se os trabalhos de Alexy (1997) e MacCormick (1978). Algumas tentativas de desenvolver modelos complementares a estas teorias se encontram em Aarnio (1991), Atienza (2000) e Siltala (2011).

^{iv} Com efeito, segundo o entendimento convencional a prova indireta parece ser o território da insegurança e da fragilidade, ao passo que há uma tendência a atribuir à prova direta um valor de prova plena.

^v Não são raros os casos em que as partes manipulam os meios de prova, como por exemplo, a través de falsas declarações testemunhais, pela omissão de provas ou de parte delas, tudo a favor de seus interesses pessoais.

^{vi} O *Ancien Régime* foi o termo utilizado pelos revolucionários franceses para designar o sistema de governo (monarquia absoluta) anterior a Revolução Francesa de 1789 e foi adotado pelo resto das monarquias absolutistas européias. Refere-se ao período compreendido entre o século XV e final do XVIII, quando começa um novo regime conhecido na Espanha como Regime Liberal.

^{vii} *Ordália*, latinismo da palavra alemã *Urtheil*, significa “juízo” ou “sentença” (NIEVA FENOLL, 2010, p. 42).

^{viii} É o que pensa Diddier (2011, p. 41), como se nota no seguinte excerto: “Embora o art. 131 do CPC adote, expressamente, o sistema da persuasão, é indiscutível a existência, entre nós, de regras legais de apreciação da prova, tanto no Código Civil como no CPC”.

^{ix} Como explica Gascón Abellán (2011, p. 16), “a imediação, quer dizer, a intervenção pessoal e direta (imediata) do juiz na prática da prova, costuma apresentar-se como a condição inescusável para a livre valoração, pois somente fundando o juiz a sua convicção na ‘impressão imediata’ recebida e não em referências alheias – argumenta-se – se pode reputar que esta valoração é livre”.

^x Neste sentido, a posição de Gascón, que merece transcrição literal: “É evidente que as ‘impressões’ recebidas pelo juiz não podem ser comunicadas, com o qual a livre valoração, interpretada sob a ótica da imediação, se carrega de irracionalidade e subjetivismo e anula por completo a possibilidade de motivar [a decisão]. O princípio da imediação, associado ao da livre valoração, institui assim uma ‘zona opaca ao controle racional’ que contradiz profundamente a cultura da motivação, pois o fato de que no processo de valoração existam e talvez sejam inevitáveis intuições não significa que estas possam ser esgrimidas como justificativas para a ausência de justificação” (GASCÓN ABELLÁN, 2011, p. 16).

^{xi} Artigo 131 do CPC: “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”. Artigo 93, IX, da CF: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”.

^{xii} Sobre essa doutrina, ver as referências constantes em GASCÓN ABELLÁN, 2010, p. 145-s).

^{xiii} *Smith v. Rapit Transit, Inc*, 317 Mss. 469, 470, 58 M.E. 2ed 754, 755 (1945).

^{xiv} Sobre a teoria de Cohen, ver os comentários de Gascón Abellán (2010, p. 155-s).

^{xv} O modelo probabilístico não deve ser usado isoladamente na tarefa de valorar as provas disponíveis no processo; contudo, pode ser de grande auxílio na construção de valoração e posterior justificação da decisão sobre os fatos provados, mas quando for o único critério para a fixação da verdade fática no processo, deve ser rechaçada.